

Jochen Neumann - Wedekindt

Inhaltskontrolle allgemeiner
Geschäftsbedingungen
dargestellt an
Vertragsabschlussklauseln

1960

1969

INHALTSKONTROLLE ALLGEMEINER
GESCHÄFTSBEDINGUNGEN, DARGE-
STELLT AN VERTRAGSABSCHLUSS-
KLAUSELN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung

des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Jochen Neumann-Wedekindt
aus
Hindenburg/Oberschl.
1969

1. Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Lukes
 2. Berichterstatter: Professor Dr. Heldrich
- Dekan: Professor Dr. Nörr

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Februar 1968



Inhaltsübersicht

	Seite
Erster Hauptteil	1
1. Abschnitt: Einführung	1
§ 1 Gegenstand der Arbeit und Abgrenzungen in der Aufgabenstellung	1
I. Einführung in die Ordnungsprobleme des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	2
II. Das als Arbeitsunterlage zugrunde gelegte AGB-Material und allgemeine Auswertungen für Vertragsabschlußklauseln	9
§ 2 Das Sonderproblem einer rechtlich und zeitlich vorverlegten Geltung bei Vertragsabschlußklauseln	12
§ 3 Bewertungsprobleme	16
I. Würdigung der einzelnen Kontrollnormen und Bewertungsgrundsätze	16
II. Methode zur Gewinnung umfassender Bewertungskriterien	48
§ 4 Der weitere Gang der Arbeit	51
2. Abschnitt: Bewertungskriterien aus der Strukturanalyse des obligatorischen Vertrages	53
§ 5 Begriff und Wesen des obligatorischen Vertrages und der Vertragsabschlußtatbestand	53
§ 6 Funktionalzusammenhänge der einzelnen Bindungsfaktoren	59
§ 7 Ergebnis	63
Zweiter Hauptteil	64
1. Abschnitt: Die Klausel "Freibleibend" in Vertragsabschlußklauseln	64

	Seite
§ 8 Abgrenzung der Bedeutungsinhalte der allgemeinen Klausel "Freibleibend"	64
§ 9 Die Klausel "Freibleibend" im Vertragsangebot	67
I. Erscheinungsformen und Bedeutungsinhalte, insbesondere auch die Bedeutung konkretisierender Zusätze und modifizierter Annahmeerklärungen	67
II. Grenzen der Freistellungskraft des freibleibenden Angebots	75
III. Die durch die Klausel "Freibleibend" eingetretene Phasenverschiebung in der Reihenfolge der Vertragserklärungen	82
§ 10 Bewertung der Klausel "Freibleibend" im Vertragsangebot	84
I. Dogmatische Bewertungskriterien zur Phasenverschiebung	84
II. Risikenverteilung und Rationalisierungseffekte im Verhältnis zur dispositiven Gesetzesregelung	86
III. Funktion und Bedeutung der Werbung im formularmäßigen Vertragsabschlußverfahren und im organisierten Warenabsatz	89
§ 11 Ergebnis der Inhaltskontrolle zur Klausel "Freibleibend" in Vertragsabschlußklauseln	95
2. Abschnitt: Die dem Antragsteller durch die AGB auferlegte Gebundenheit an seinen Vertragsantrag	96
§ 12 Erscheinungsformen der Klauseln über die Gebundenheit des Antragstellers	96
§ 13 Formularmäßiger Vertragsantrag und Bindungsdauer	100
§ 14 Bewertung der Klauseln über die Bindungsdauer	102
I. Bewertung nach Optionsrecht	103
II. Bewertungsgrundsätze und Bewertungsmaßstäbe an Hand der dispositiven Gesetzesregelung und der dogmatischen Auswertung	104

	Seite
III. Die beiderseitige Interessenlage	112
IV. Zulässigkeitsgrenze der vorgesehenen Bindungsdauer	114
V. Sonstige präventive Abwehrmöglichkeiten des Antragstellers	116
§ 15 Ergebnis	117
3. Abschnitt: Klauseln über den Haftungsausschluß für Vertreterhandeln (Verhandlungsrisiko)	118
§ 16 Problematik und Erscheinungsformen	118
§ 17 Haftung des Geschäftsherrn	123
§ 18 Bewertung der Haftungsausschlußklauseln	137
I. Bisherige Lösungswege zur Beschränkung des Haftungsausschlusses für Vertreterhandeln	137
II. Der Haftungsausschluß für das Verhandlungsrisiko im Verhältnis zur Vertriebsorganisation und die resultierende Interessenlage	140
§ 19 Ergebnis	144
4. Abschnitt: Schriftformklauseln	144
§ 20 Erscheinungsformen und Problematik der Schriftformklauseln	144
§ 21 Der einseitige Formzwang und der ausschließliche Geltungsanspruch des formularmäßig bestimmten Formzwanges	147
§ 22 Bewertung der Schriftformklauseln	149
I. Der einseitige Formzwang	150
II. Der ausschließliche Geltungsanspruch	152
§ 23 Ergebnis	156
Zusammenfassung	157

LITERATURVERZEICHNIS

- Achilles-Gebhard Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, Allgemeiner Teil, Berlin 1899 (zit.: Prot. I)
- Achilles-Greifff Kommentar zum BGB, 21. Aufl., Berlin 1958
- Adam, Robert Die Revolution im Detailhandel der USA, BB 1962, S. 1389 ff, Nr. 219o
- Alexander, Kurt Die Auslegung des formbedürftigen Rechtsgeschäfts, Jur. Diss., Heidelberg 1914
- Auer, Eugen Urteilsbesprechung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 2.5.1963 - 1 U 29/63 - BB 1963, S. 1115 f, Nr. 1731
- Bächle, Wilhelm Der Vertragsschluß nach Formular, Jur. Diss., München 1931
- Bailas, Demetrios Das Problem der Vertragsschließung und der vertragsbegründende Akt, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 43, 1962
- Ballerstedt, Kurt Der Einfluß des Wirtschaftsrechts auf die zivilrechtliche Dogmatik, Referat auf der Tagung der deutschen Zivilrechtslehrer 1951 in Bad Kreuznach, JZ 1951 S. 711 (Tagungsbericht von Baur)
- Ballerstedt, Kurt Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP Bd. 151 S. 5o1 ff
- Ballerstedt, Kurt Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956 S. 267 ff
- Baur, Fritz Tagungsbericht über die Tagung der deutschen Zivilrechtslehrer in Bad Kreuznach 1951, JZ 1951 S. 733
- Baur, Fritz Tagungsbericht über die Tagung der deutschen Zivilrechtslehrer in Bad Dürkheim 1955, JZ 1955 S. 714 ff
- Baumbach-Duden Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 15. Aufl. München-Berlin 1962
- Baumbach-Hefermehl Kommentar zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl., München-Berlin 1964
- Benisch, Werner Urt.-Bespr. des BGH-Urt. v. 13.3.1956 - I ZR 132/54 - (Haftungsausschluß beim Schleppvertrag) Wirtschaft und Wettbewerb 1956 S. 795/6

- Benisch, Werner Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, Wirtschaft und Wettbewerb 1961 S. 764 ff
- Bergler, Georg Wesen und Wandlungen des Direktverkaufs in absatzwirtschaftlicher Sicht, Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 1961 (Heft 2) S. 104 ff
- Berner, Hans Georg Die durch Rechtsgeschäft bestimmte Form, Jur. Diss., Rostock 1940
- Bernhardt, Wolfgang Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen, Deutsches Recht (Ausgabe A) 1942, S. 1171 ff
- Böhle-Stammschräder Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1. Buch Allgemeiner Teil, Aschendorffs Handbücherei Bd. 15, 1. - 3. Aufl., Münster/Westf. 1948
- Böhme, Lothar Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen, Jur. Diss., Göttingen 1963
- Boehmer, Gustav Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Tübingen 1954
- Bötticher, Eduard Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964
- Bouffier, Willi Die Klauseln im Kaufvertrag, Wien 1929
- Brandner, Hans
Erich Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP Bd. 162 (1963) S. 237 - 264
- Brandt Die allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogen. dispositive Recht, Deutsche Rechtswissenschaft 1940 S. 76
- Brettner Betrug durch Geschäftsreisende, in der Vortragsreihe: Bekämpfung von Betrug und Urkundenfälschung, herausg. vom Bundeskriminalamt, Wiesbaden 1956
- Brobowski, Paul Liefervertrag und Lieferbedingungen, Hildesheim 1956
- v. Brunn, Joh.Heinr. Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der Deutschen Wirtschaft, 2. Aufl., Köln-Berlin 1956
- v. Brunn, Joh.Heinr. Die Verwaltungspraxis in den Konditionenkartellen (Schriftenreihe Kartellrundschaue Heft 1), Köln-Berlin-München 1960
- v. Brunn, Joh.Heinr. Über unlautere Geschäftsbedingungen und zugleich Literaturbesprechung: Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, AcP Bd. 159, S. 547 ff

- v. Brunn, Joh. Heinr. Urt. Bespr. zum Urt. d. LG Göttingen v. 1.12.1955 - 1 S 37/55 -, NJW 1956, 592
- Brunner, Erwin Die Freizeichnung des Gastwirts, Jur. Diss., Heidelberg 1925
- Burgsmüller, Herm. Die Bedeutung des § 151 BGB, Jur. Diss., Köln 1934
- Bussmann, Kurt Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, Essen 1951
- Doste, Helmut
- Cartellieri, Wolfg. Die Option, BB 1948, S. 162 ff Nr. 370
- Clauss, Karl Zur Auslegung unklarer Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1954, 905 ff
- Clauss, Karl Zur Systematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, MDR 1959, 165
- Crome, Carl System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Tübingen 1900
- Dahm, Georg Deutsches Recht, 2. Aufl., Stuttgart 1963
- Clauss, Karl Zum Begriff der Unklarheit, JZ 1960 S. 306
- Denkschrift Zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches der Kommission zur zweiten Lesung, Stenographische Berichte des Reichstages 1895/96 Bd. 151 Anlage zu Aktenstück Nr. 87 (1. Anlagenband der 9. Legislaturperiode der IV. Session)
- Deutscher Industrie- und Handelstag - Feststellung von Handelsbräuchen - Merkblatt -, BB 1957, S. 134 Nr. 275
- DIHT -
- Dilcher, Hermann Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960, 1040 ff
- Dölle, Hans Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages (1957) Band II Teil B S. 7 ff
- Dove, Heinrich Der Anspruch auf Erfüllung von Lieferungsverträgen, JW 1920, S. 470 ff
- Dove, Heinrich Urt.-Bespr. zum Urt. d. RG v. 19.10.1921 - 63/21 I -
- Droste, K. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Der Betrieb 1957, Beilage 10 (Heft 32)
- Duden Sitzungsbericht über das Streitgespräch zum Thema: Zulässigkeit und Wirkungen von allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages (Berlin 1955) Bd. II S. E 15 ff
- Düll, Rudolf Zur Lehre vom Widerruf, München-Berlin 1934

- Dulckeit, Gerhard Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, in Festschrift f. Fritz Schulz Band I S. 148 ff, Weimar 1951
- Edzard, Hayo Das Kartell vor der Entscheidung der Kartellbehörde, Jur. Diss., München 1963
- Enneccerus-Kipp-Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. Allgemeiner Teil, bearb. v. Nipperdey, 2. Halbbd., 15. Aufl., Tübingen 1960
- Enneccerus, Ludwig Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889
- Erman, Walter Handkommentar zum BGB, 3. Aufl., Münster 1962
- Erman, Walter Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP 139 (1934) S. 273 - 336
- Esser, Josef Schuldrecht, Lehrbuch, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
- Esser, Josef Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht (zit.: Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung), in: "Summum Ius Summa Iniuria", Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 9 (1963) S. 145 ff
- Fikentscher, Wolfg. Urt.-Bespr. zum Urt. d. BGH v. 9.6.1959 - VIII ZR 61/58 -, WuW 1960 S. 52 ff
- Fikentscher, Wolfg. Sind die Allgemeinen Deutschen Speditionsbedingungen abdingbar? BB 1961 S. 297 ff Nr. 601
- Fischer, Robert Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen, BB 1957 S. 481 ff Nr. 964
- Fischer, Robert Buchbesprechung (Baumbach-Duden, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 15. Aufl. 1962) Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1963, Heft 3, S. 203 ff
- Flume, Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band I S. 138 ff Karlsruhe 1960
- Flume, Werner Das Rechtsgeschäft (Bd. 2), Berlin-Heidelberg 1965

- Friedrichs, Günter Verkaufswerbung, ihre Technik, Psychologie und Ökonomie, Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 36, Berlin 1957
- Fuchs, Dieter Kartellverbot und Einzelvertrag, Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, Heft 11, Köln 1963
- Gemeinschaftskommentar Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, herausg. und bearb. v. Müller, Henneberg, Schwartz u.a.m., 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1963
- Gieseler, Walter Konditionenkartelle und ihre Abgrenzung zu Preisen und Preisbestandteilen, Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, Heft 8, Köln 1963
- Gleiss, A. Handelsbräuche und Dekartellierungsrecht, BB 1951 S. 800 ff Nr. 2024
- Gloor, Max Neue Handelsformen - neue Werke formen, Der Volkswirt 1961, Beilage zu Heft Nr. 21 S. 16 ff
- Großmann-Doerth, Hans Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg/Brs. 1933
- Gutenberg, Erich Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 2. Bd., Der Absatz, 6. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963
- Guthke, Christian Das Wirksamwerden allgemeiner Geschäftsbedingungen, Jur. Diss., Münster/Westf. 1958
- Haberkorn, Kurt Zum Wirksamwerden allgemeiner Geschäftsbedingungen, MDR 1961 S. 818 ff
- v. Hahn, Helmuth Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen, BB 1959 S. 1279 Nr. 2159
- Handelskammer Berlin Die Stellung der Handelskammer zu Berlin zum Vorbehalt "freibleibend", JW 1921 S. 158 ff
- Hase, Horst Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Metall- und Maschinenindustrie, Borna 1938
- Haupt, Günter Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Leipzig 1937
- Hax, Karl Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriftenreihe des Vereins für Sozialpolitik - Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Neue Folge Bd. 22 S. 61 ff, Berlin 1961

- Hedemann, Justus Wilh. Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933
- Hefermehl, Wolfgang Auslegung des Kartellverbotes (Vortrag am 5.6.1962 vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe), Bericht BB 1962, Heft 17 - Rundblick -
- Heinsheimer Urt. Bespr. zum Urt. d. RG v. 14.12.1926 - 322/26 VI -, JW 1927 S. 1088 Nr. 13 (Urt. S. 668)
- Heldrich, Karl Die Form des Vertrages, AcP Bd. 147 S. 89 ff
- Helm, Johann Georg Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, JuS 1965 S. 121 ff
- Hepp, G. Zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben und zugl. Urt. Bespr. zum Urt. d. BGH v. 10.7.1961 - VIII ZR 64/60 -, BB 1964 S. 371 ff Nr. 582
- Herschel, Wilhelm Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR (Ausg. A) 1942 S. 753 ff
- Hildebrandt, Heinz Erklärungs haftung, Berlin-Leipzig 1931
- Hildebrandt, W. Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, JR 1955 S. 325 ff
- v. Hippel, Eike Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht, Frankfurt a.M. 1963
- v. Hippel, Fritz Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936
- v. Hippel, Fritz Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts (Vortrag auf der Deutschen Zivilrechtslehrertagung am 19.10.1955), Recht und Staat, Heft 195/196, Tübingen 1967
- Hohn, Hansjosef Wirksamwerden von Willenserklärungen unter Abwesenden im Arbeitsleben, BB 1963 S. 273 ff Nr. 471
- v. Holzschuher, Ludwig Psychologische Grundlagen der Werbung, Essen 1956
- Hub, Helmut Kommentar zu den Einheitsbedingungen der Deutschen Textil- und Bekleidungsindustrie, Dettingen a.M. 1961
- Hubmann, Heinrich Das Recht am Unternehmen, ZHR Bd. 117, Heft 1/2 S. 41 ff
- Hueck, Alfred Normenverträge, IheringsJ 73 (1923) S. 33 ff
- Isele, Hellmut Georg Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Korreferat) JuS 1961 S. 308ff

- Iversen, Kurt Direkt-Verkauf durch Vertreter und Anzeigen, 2. Aufl., Stuttgart 1959
- Jerusalem, Franz W. Kritik der Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M. 1948
- Johannes, Hartmut Urt. Bespr. zum Urt. d. OLG Stuttgart v. 19.12.1962 - 1 U 142/62 -, NJW 1963 S. 1206 ff
- Keller, Iso Rechtsethik und Rechtstechnik, Aarau 1947
- Klausing, Friedrich Rechtsgestaltung und Rechtsschöpfung im Vertrags- und Gesellschaftswesen, Deutscher Juristentag 1936 S. 441 ff
- Kliege, Helmut Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklausel, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 61, Göttingen 1966
- Koehler, Walter Allgemeine Verkaufsbedingungen, Mannheim-Leipzig-Berlin 1934
- Koehler, Walter Orderkopie und Bestellschein, 2. Aufl., Berlin 1938
- Kötz, Hein Urt. Bespr. zum Urt. d. BGH v. 19.9.1966 - VIII ZR 106/64 -, JZ 1967 S. 268 f
- Korte, Friedrich H. Die Revolution mit der Sägemaschine, Die Zeit v. 29.12.1961 Nr. 53 S. 20
- Korves, Hans-Joachim Möglichkeiten der Kartellbehörden bei unlauteren Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere bei Konditionenkartellen, Jur. Diss., Münster 1966
- Kost, Jakob Zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, Abhandlungen zum Bürgerlichen, Handels- und Arbeitsrecht, 10. Heft, Mannheim-Berlin-Leipzig 1933
- Krause, Hermann Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, BB 1955 S. 265 ff Nr. 497
- Krause, Hermann Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1952 S. 996 ff Nr. 2128
- Krause, Hermann Schweigen im Rechtsverkehr, Marburg 1933
- Kronstein, Heinrich Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht (Antrittsvorles.), Karlsruhe 1957
- Kropff, H. F. J. Angewandte Psychologie und Soziologie in Werbung und Vertrieb, Stuttgart 1960

- Kropff, H. F. J. Die Rolle der Werbung im Marketing-Mix, in: Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 1961, S. 138 ff
- Kuhn, Georg Die Rechtsprechung des OGH und des BGH zum Schweigen als Willenserklärung, WM Teil IV b 1955 S. 958 ff
- Lange, Heinrich Das Bürgerliche Gesetzbuch, Lehrbuch Allg. Teil, 4. Aufl., München-Berlin 1958
- Lappe, Liesel Die Teilnichtigkeit des "sittenwidrigen Rechtsgeschäfts", Jur. Diss., Münster/Westf. 1950
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- Larenz, Karl Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in: Festschr. f. Arthur Nickisch, S. 275 ff, Tübingen 1958
- Larenz, Karl Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen, Der Betrieb 1955 S. 209 ff
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts I, 5. Aufl., München-Berlin 1962
- Larenz, Karl Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik, JZ 1962 S. 105 ff
- Laufke, Franz Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Filmwirtschaft unter Berücksichtigung der Generalklauseln, Baden-Baden 1962
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Lehrbuch, 12. Aufl., Berlin 1960, 13. Aufl., Berlin 1962
- Lehmann, Heinrich Ur. Bespr. JZ 1956 S. 175
- Leonhard, Franz Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allg. Teil, Berlin 1900
- Leonhard, Franz Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, AcP 120, 14 ff
- Liesecke Ur. Bespr. zum Ur. d. BGH v. 29.10.1962 - II ZR 31/61 -, in IM, Nr. 5 zu § 276 BGB (D b)
- Lintz, Werner Richterliche Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, WM 1965 S. 30 ff
- Löffelholz, Thomas Die Rechtsphilosophie des Pragmatismus, Monographien zur philosophischen Forschung, Band 31, Meisenheim a. Glan 1961
- Lukes, Rudolf Der Kartellvertrag, München-Berlin 1959
- Lukes, Rudolf Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen, Festschr. f. Alfred Hueck, S. 459 ff, München-Berlin 1959

- Lukes, Rudolf Grundprobleme der AGB, JuS 1961, 301
- Lukes, Rudolf § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963 S. 1897 ff
- Manigk, Alfred Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, Berlin 1935
- Manigk, Alfred Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939
- Meeske, Helmut Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1959 S. 857 ff Nr. 1495
- Meier-Hayoz, Arthur Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß, Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 151, 1948
- Marsson, Richard Die Natur der Vertragsofferte, Jur. Diss., Greifswald 1879
- Mestmäcker, Ernst J. Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964 S. 441 ff
- Meyer-Ladewig, Jens Typische Darlehnsbedingungen der Teilzahlungsbanken und ihre Rechtswirksamkeit, BB 1963 S. 170 ff Nr. 316
- Meyer-Ladewig, Jens Über soziale Gerechtigkeit in unserer Rechtsordnung, MDR 1963 S. 724 ff
- Mittelstein, Rainer Urt. Bespr. zum Urt. d. OLG Hamm v. 25.7.1962 - 5 U 24/63 -, MDR 1963 S. 49
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, Allgemeiner Teil, Berlin-Leipzig 1880
- Mroch, Karl-Egbert Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, DRiZ 1955 S. 212 ff
- Mroch, Karl-Egbert Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Karlsruhe 1960
- Müllereisert, F. A. Allgemeine Lieferungsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der Öffentlichen Hand, Berlin 1932
- Müllereisert, F. A. Vertragslehre, Stuttgart 1947
- Müller-Erzbach, Rudolf Kundgebungen im fremden Interessenbereich, JheringsJ Bd. 83 S. 257 ff, Sonderdruck Jena 1933
- Müller-Erzbach, Rudolf Die Interessen- und die Machtlage beim Kauf und deren Haupteinwirkungen auf die Rechtsgestaltung, Festschr. f. Heinrich Lehmann S. 141 ff, Berlin 1937
- Müller-Henneberg, Hans Geschäftsbedingungen der europäischen Papierindustrie, Allgemeine Papier-Rundschau, Sonderausgabe 1963

- Müller-Henneberg-Schwartz Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1963
- Naendrup, Peter-Hubert Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1966
- Nastelski, Karl Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, DRiZ 1955, S.212 ff
- Neumann-Duesberg, Horst Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff BGB, JZ 1952 S. 705 ff
- Nipperdey, Hans Carl Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, DRZ 1950 S. 193 ff
- Nipperdey, Hans Carl Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz (2. Aufl. der Schrift: Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, 1960), Kartellrundschau 1961, Heft 2
- Nipperdey, Hans Carl Grundrechte und Privatrecht, Festschr. für Erich Molitor S. 17 ff, München-Berlin 1962
- v. Noltbeck, Benno Über die Grenze der Freizeichnung in Allgemeinen Lieferungsbedingungen, Jur. Diss. Göttingen 1960
- Oemler, Richard Über den Vertragsschluß unter Abwesenden nach gemeinem Recht, Jur. Diss., Berlin 1885
- Oertmann, Paul Der gewöhnliche Handelskauf, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 4 Abt. 2 S. 327 ff
- Oertmann, Paul Urt. Bspr. zum Urt. d. RG v. 28.1.1921 - 331/20 III -, JW 1921 S. 393
- Oldenbourg, Hans Die Wissenszurechnung, Mannheim-Berlin-Leipzig 1934
- Pagenstecher, Max Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, Berlin 1943
- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1 - 432: Bearbeiter: Danckelmann, 23. Aufl., München-Berlin 1962
- Pappenheim, Max Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts, Festschr. für Georg Kohn S. 291 ff, Zürich 1915
- Pfister, Bernhard Das Zustandekommen von Kaufverträgen zwischen Abwesenden in der Rechtsvereinheitlichung, Jur. Diss., Würzburg 1963
- Philipowski, Rüdiger Die Geschäftsverbindung, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Bd. 11, Heidelberg 1963

- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil II, 4. Aufl., Berlin 1913
- Pohle, Rudolf Urt. Bespr. z. Urt. BGH v. 29.9.1955 - II ZR 210/54 -, MDR 1956 S. 216 ff
- Plum Der Einfluß des Krieges und der Revolution auf schwebende Lieferverträge im Lichte der Rechtsprechung, JW 1921, S. 51 ff
- Protokolle s. Achilles-Gebhard
- Rabel, Ernst Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, Berlin-Leipzig 1936, Bd. II, Berlin-Tübingen 1958
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963
- RGRK-Kommentar zum Handelsgesetzbuch Kommentar zum Handelsgesetzbuch, fr. herausg. von den Mitgliedern des Reichsgerichts, Bd. III: Bearbeiter v. Godin-Ratz, 2. Aufl., Berlin 1953
- Raiser, Ludwig Vertragsfreiheit heute, JZ 1958 S. 7 ff
- Raiser, Ludwig Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Neudruck, Hamburg 1935, Bad Hamburg 1961
- Raiser, Ludwig Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschr. zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I S. 101 ff, Karlsruhe 1960
- Raiser, Ludwig Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (zit.: Institutionenschutz), Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 9 S. 145 ff, Tübingen 1963
- Rationelle Betriebswirtschaft s. Werneburg, Rudolf
- Rehfeldt Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin 1962
- Reichsgerichtsräte-Kommentar herausg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. I, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959
- Reiffenrath, W. Die Bedeutung der Klauseln freibleibend, Preiserhöhung vorbehalten u. dgl. beim Abschluß von Verträgen, Jur. Diss., Gießen 1924
- Reinhardt, Rudolf Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, Festschr. für Walter Schmidt-Rimpler, S. 115 ff, Karlsruhe 1957
- Reinicke G. u. D. Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des BGH

- Reithmann, Christoph Internationales Vertragsrecht, Köln 1963
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., München-Berlin 1960
- Roth-Stielow, Klaus Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, Villingen 1963
- Rühle v. Lilienstern, Hans Das Europäische Produktivitätsprogramm im atlantischen Wirtschaftsraum, in: Europas Märkte wachsen zusammen, S. 21 ff, Stuttgart 1961
- Ryba, Gottfried Die Haftung des Geschäftsherrn für die Arglist seiner Gehilfen bei Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung der Verhandlungsvollmacht, Jur. Diss., Breslau 1928
- Sandrock, Otto Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, AcP Bd. 159 S. 481 ff
- v. Savigny, Friedrich Carl System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III, Berlin 1840
- v. Savigny, Friedrich Carl Das Obligationenrecht, Teil I und II, Berlin 1851/1853
- Schmidt-Salzer, Joachim Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, Berlin 1967
- Schmidt-Salzer, Joachim Geltungsgrund und Anwendungsbereich der sogenannten Unklarheitenregel, VersR 1966, 910
- Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Formulkontrakte und unter wirtschaftlichem Druck geschlossene Verträge, NJW 1967, 373 ff
- Schreiber, Rupert Die rechtliche Beurteilung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1967, 1441 ff
- Schreiber, Rupert Die Geltung von Rechtsnormen, Berlin 1966
- Schulze, Erich Die rechtsgeschäftliche Formbestimmung in besonderer Berücksichtigung der Vertragsbeurkundung, Jur. Diss., Heidelberg 1913
- Seckel, Emil Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Festgabe für Richard Koch, 1903, S. 205 ff
- Seidl, Erwin Allgemeiner Teil des BGB, Lehrbuch, Erlangen 1947
- Senckphiehl, Richard Allgemeine Geschäftsbedingungen, Wiesbaden 1922
- Serrick, Rudolf Allgemeine Geschäfts- und Lieferungsbedingungen bei Sicherungsgeschäften, Vortrag, gehalten am 12.6.1962 auf der Universitätswoche für Rechtsanwälte in Heidelberg

- Seydel, Helmut Die wichtigsten Lieferungsklauseln, in: Neue Wirtschaftsbriefe, Herne, Lose-Blatt-Sammlung, Fach 18 S. 21 ff
- Sieg Korrektur von Rechtsgeschäften, NJW 51, 506
- Siegel, Julius Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, AcP Bd. 111 S. 1 ff
- Simeon, Paul Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 14. und 15. Aufl., Berlin 1928
- Simitis, Spiros Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt/M. 1957
- Spengler, Albrecht Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes, WuW 1960 S. 410 ff
- Soergel-Siebert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Bearb. Mezger, 9. Aufl., Stuttgart 1959
- Schlegelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. III, Bearb. Geßler-Hefermehl-Hildebrandt-Schröder, 3. Aufl., Berlin-Frankfurt 1956
- Schmidt, Rudolf Lehrbuch zum Bürgerlichen Recht, I, 2. Aufl., Berlin 1852
- Schmidt-Rimpler Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP Bd. 147 S. 130 ff
- Scholz, Franz Die Rechtssicherheit, Berlin 1955
- Schott, Hermann Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, Heidelberg 1873
- Schröder, Georg Recht des Handelsvertreters, 2. Aufl., Berlin-Frankfurt/M. 1956 (Sonderdruck aus Schlegelberger, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl.)
- Schubert, Werner Deutsches Kaufrecht, Berlin 1937
- Schütz, Walter Mißbrauch von Machtstellungen, NJW 1958 S. 1849 ff
- Schwenk, Edmund Wechselwirkung von Kartellverbot und Einzelvertrag, WuW 1958 S. 326 ff
- Stammler, Rudolf Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897
- Starke "Freibleibend", JW 1920 S. 472 ff
- Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Bd., Bearb. Gadow, 14. Aufl., Berlin-Leipzig 1933

- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bd. I Allgemeiner Teil, Bearb. Franz
Brändel und Helmut Coing, 11. Aufl., Ber-
lin 1957,
Bd. II Teil 1 a, Bearb. Wilhelm Weber,
11. Aufl., Berlin 1967
Bd. II Teil 1 b, Bearb. Wilhelm Weber,
11. Aufl., Berlin 1961
- Stein, Ekkehart Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967
- Stengel, Albert Über die Bedeutung von Bestätigungsschrei-
ben beim Vertragsschluß, Jur. Diss., Göt-
tingen 1926
- Stern, Carl Die kaufmännischen Lieferungsgeschäfte
und die gebräuchlichsten Klauseln beim
Handelskauf, Mannheim-Leipzig-Berlin 1924
- Stoll, Rudolf Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tü-
bingen 1936
- Strauß, Fritz Nebenabreden und Nebenverträge, in:
Rechtsfragen der Praxis, Bd. 10, Berlin
1928
- Streitgespräch Duden-v.Brunn-Möller-Raiser-Schmidt-Loß-
berg-Stoldt Über Zulässigkeit und Wirkun-
gen von allgemeinen Geschäftsbedingungen,
41. Deutscher Juristentag, Bd. II E der
Verhandlungen
- Thamm, Manfred Wirkung des Schweigens auf kaufmännische
Auftragsbestätigungen, BB 1964 S. 910
Nr. 911
- Tröger, Günter Einigung und Vertrag im deutschen bürger-
lichen Recht, Leipziger rechtswissen-
schaftliche Studien, Heft 89, Leipzig 1934
- Thümmel, Manfred Werbung und Wettbewerb, Jur. Diss., Köln
1960
- v.Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürger-
lichen Rechts, Bd. II, 1. Hälfte, Berlin
1917
- Umfrage Zur Rationalisierung des industriellen
Vertriebs (2. Ergebnisbericht), herausg.
von der Rationalisierungsgemeinschaft
"Industrieller Vertrieb und Einkauf" im
Rationalisierungskuratorium der Deutschen
Wirtschaft, S. 15 ff, Frankfurt/M. 1933
- Veith, Günter Aus der Praxis der Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen, Betrieb 1964 S. 907 ff
- Weber, Wilhelm Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Son-
derausgabe aus Staud. Komm. z. BGB, Bd. II,
Teil 1 a, 11. Aufl., Berlin 1967

- Werneburg, Rudolf Rationelle Betriebswirtschaft, Handbuch
George, Heinz 4 Bde., Berlin 1958/1962
Seipp, Paul
- Westermann, Harry Die Anpassung der Auslegungsmethode an
die Eigenart des auszulegenden Willens-
aktes, Festschrift der Arbeitsgemein-
schaft für Forschung des Landes Nordrhein-
Westfalen für Karl Arnold, S. 281 ff,
Köln-Opladen 1955
- Westermann, Harry Objektivierung der allgemeinen Geschäfts-
bedingungen durch Umwandlung in objekti-
ves Recht, Diskussionsbericht über den
niederländischen Entwurf zur gesetzli-
chen Regelung der Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen, NJW 1963 S. 1586
- Wieacker, Franz Gesetz und Richterkunst, Schriftenreihe
der Juristischen Studiengesellschaft
Karlsruhe, Heft 34, Karlsruhe 1958
- Wieacker, Franz Das Bürgerliche Recht im Wandel der Ge-
sellschaftsordnungen, in: Festschr. "100
Jahre Deutsches Rechtsleben" zum 100jäh-
rigen Bestehen des Deutschen Juristenta-
ges, Bd. II, Karlsruhe 1960
- Windscheid-Kipp Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I und
II, 8. Aufl., Frankfurt/M. 1900
- Wolff, Hans Julius Typen im Recht und in der Rechtswissen-
schaft, Studium Generale 1952 S. 195 ff
- Wolter, Hans Reklame und Wirtschaft, Jur. Diss.,
Greifswald 1929

Nachtrag:

- Kötz, Hein Urt.-Besprechung, Urt. des BGH vom 19.9.
1966 - VIII ZR 106/64 - JZ 1967 S. 288 ff.
- Schmidt-Salzer, Jo- Rechtsprobleme der Schriftformklauseln,
achim NJW 1968, 1257 ff.

ABKÜRZUNGEN

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch von 1811
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
a.E.	am Ende
AG	Amtsgericht
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 1. Juni 1784
Anh.	Anhang
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BA	Bankarchiv
BB	Betriebsberater
Betrieb	Der Betrieb
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKA	Bundeskartellamt
BStBl	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DJurT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
Holdheim	Monatsschrift für Handlungsrecht und Bankwesen, begründet von Holdheim
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau

JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
JheringsJ	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
KG	Kammergericht
KostO	Kostenordnung
LG	Landgericht
IM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHZ	Sammlung der Entscheidungen in Zivilsachen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Sammlung der Entscheidungen der Oberlandesgerichte
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909 (RGBL S. 499)
VersR	Versicherungsrecht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WarnRG	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts, herausg. v. Warneyer
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Teilausgabe IV B
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

ZAkadDR	Zeitschrift für Akademie für Deutsches Recht
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
Zeit	"Die Zeit", Wochenzeitung für Politik, Wirtschaft, Handel und Kultur, Hamburg
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

ERSTER HAUPTTEIL

1. Abschnitt: Einführung

§ 1 Gegenstand der Arbeit und Abgrenzungen in der Aufgabenstellung

Die vorliegende Arbeit versucht, auf einem Teilgebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ¹⁾ - AGB - einen Weg zur Inhaltskontrolle durch eine umfassende Bewertung ²⁾ aufzuzeigen. Sie hat diejenigen Klauseln in AGB aller Stufen des Güterumsatzes zum Gegenstand ³⁾, die sich auch in weiterer Beziehung auf den Tatbestand des Vertragsabschlusses erstrecken. Würdigt man die AGB unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit des Einzelkunden, so wird deutlich, in wie großem Ausmaße die inhaltliche Gestaltungsfreiheit des Einzelkunden begrenzt wird. Soweit AGB die Abschlußfreiheit des Einzelkunden beschränken, können sie sich auf seine Privatautonomie besonders einengend auswirken, da "die Abschlußfreiheit heute noch den stärksten Bestand der Vertragsfreiheit darstellt" ⁴⁾.

Vertragsabschlußklauseln erscheinen in den AGB des Großhandels wie auch des Detailhandels; es kann sich um einen Möbelkauf, um eine Ersatzteillieferung, um den Kauf optischer Geräte oder größerer technischer Anlagen handeln ⁵⁾. Als spezifisches Kriterium läßt sich für Vertragsabschlußklauseln allenfalls die Feststellung treffen, daß die mit ihnen verbundene Verkaufs- und Absatztechnik nicht allgemeinste Konsumgüter

-
- 1) Bedingungen im wirtschaftlichen Sinn wie in § 2 Abs. I GWB.
 - 2) Bewertung wird hier verstanden als Ermittlung der jeweiligen legalen Interessenkonfliktlösung.
 - 3) Vornehmlich die Situation des "kleinen Mannes" als Käufer, vgl. Meyer-Ladewig, Über soziale Gerechtigkeit in unserer Rechtsordnung, MDR 1963, S. 724 ff.
 - 4) Schmidt-Rimpler, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, in AcP Band 147, S. 130 ff.; Erman-Hefermehl, Vorbem. III 1 vor § 145 BGB.
 - 5) Vgl. die Beispiele bei Brobowski, Liefervertrag, S. 44.

geringer Quantität, wie z.B. Lebensmittel, vertreiben will. Die mit den Vertragsabschlußklauseln verbundenen typischen Umstände sind zumeist so beschaffen, daß sie eine individuelle Herausstellung des Kaufobjekts erkennen lassen, und daß sie Vertragsabschluß und Vertragserfüllung auseinanderfallen lassen.

Nach v. Brunn ¹⁾ werden mit dem Eindringen des sogenannten gehobenen Konsumgutes in immer breitere Bevölkerungsschichten zunehmend auch solche Waren ohne schriftlichen Vertrag über den Ladentisch lediglich nach den Bestimmungen des Gesetzes verkauft. Indes kann in Hinblick auf die Problemstellung eine nachlassende AGB-Praxis nicht festgestellt werden, wie der ansteigende Versandhandel und das nach den statistischen Erhebungen ebenfalls ansteigende Vertretergeschäft beweisen. Bei Betrugsanzeigen und zivilen Streitigkeiten über Formularverträge handelt es sich meist um gehobene Konsumgüter, wie z.B. Möbel, Radiogeräte, Elektrogeräte, Textilien, Tafelgeschirr. Dabei wird nicht verkannt, daß Vertragsabschlußklauseln in den großen Fächer der nebeneinander praktizierten Absatztechniken und in das Mosaik der Vertragsabschlußmodelle einzureihen sind. Je nach den Bedürfnissen des Geschäftsverkehrs und des Marktes entwickeln sich ständig neue Absatzmethoden im Verbund mit der Bewältigung der rechtlichen Abschlußseite. Für die heutige Rechtsentwicklung ist das gleichzeitige Nebeneinander von Typisierung und Differenzierungserscheinungen der Abschlußformen charakteristisch ²⁾.

I. Einführung in die Ordnungsprobleme des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Das rechtliche Phänomen der AGB ist aus der Handhabung der Vertragsfreiheit in der Situation des sich frei entfaltenden, modernen Wirtschaftslebens zu erklären. Zugleich stützen sich

1) Verwaltungspraxis, S. 21, Fußnote 35; ders. in AcP 159, S. 548.

2) Franz Wieacker in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben I, S. 1 ff.

die AGB auf die manipulierbare Abdingbarkeit gesetzlicher Bestimmungen ¹⁾. Die Problematik der AGB, die als "selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft" ²⁾ mit normativer Verbindlichkeitsqualität ³⁾ unter dem Schutz der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie des Unternehmers (Aufstellers) angewendet werden, beruht auf der Gefahr einer ausschließlich zur einseitigen Interessenverfolgung auf Kosten des Einzelkunden vom Unternehmer in Anspruch genommenen Vertragsfreiheit ⁴⁾. Die Inhaltskontrolle von AGB versucht, Interessenregelungen der Unternehmerseite, die die Vertragsfreiheit des Einzelkunden im Übermaße beschränken, an Hand festumrissener Bewertungskriterien als mißbräuchlich praktizierte eigene Privatautonomiebefugnis zu erkennen und zu verhindern ⁵⁾. Der heute besonders notwendige Schutz des Privatrechtsinstituts der Vertragsfreiheit ist eine Folge der allgemeinen sozialen und wirtschaftlichen Entwicklung und ist somit als soziologisches und rechtsphilosophisches Teilproblem in das allgemeine Spannungsverhältnis zwischen rechtlichem Sein und der Wirklich-

-
- 1) Dilcher, Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen in NJW 1960, S. 1040, spricht vom negativen Gebrauch der Vertragsfreiheit; Nastelski, Zulässigkeit und Wirkung v. Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DRiZ 1955, S. 212; Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff., 7; Dahm, Deutsches Recht, § 59, S. 467 ff. Müller-Eisert, Allgemeine Lieferungsbedingungen, Einleitung VI; Staud.-Weber, II 1 a, Einl. N 41 ff.
 - 2) Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft (1933).
 - 3) Müller-Eisert, a.a.O., S. VII, aber unter den gedanklichen Vorbehalten der berufs- und wirtschaftsmäßigen Eigentümlichkeiten.
 - 4) Fritz v. Hippel, Das Problem rechtsgeschäftlicher Privatautonomie, S. 57 ff.: Das Rechtsgeschäft als Frage der rechtlichen Anerkennung willkürlicher Selbstbestimmung der Rechtsgenossen bezüglich ihrer wechselseitigen Rechtsverhältnisse. Sandrock in AcP 159 S. 524 ff. auch rechtsvergleichend.
 - 5) Zur Inhaltsbegrenzung der Privatautonomie vgl. v. Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, insbes. S. 106 ff.; Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 459.; Schmidt-Salzer, NJW 1967, 373 ff.

keit ¹⁾ einzuordnen. Die von Natur aus verschiedenen und keineswegs aufeinander abgestimmten Entwicklungsgeschwindigkeiten von Gesetz und Gesellschaft ²⁾ lassen die Inkongruenz ³⁾ der rechtlichen Regelung der Lebensverhältnisse an manchen Stellen, besonders zutage treten ⁴⁾. Als Beispiele seien hierzu genannt die Lehren vom faktischen Vertrag und vom sozialtypischen Verhalten, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und eben das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Die AGB haben ihre weiteren Vorläufer in der römisch-rechtlichen und gemeinrechtlichen Kautelar-Jurisprudenz; ihre direkten Vorfahren sind in den ausgeweiteten und einseitigen Formularpraktiken ab 1870 zu suchen. ⁵⁾ Heute wird die Heranziehung von AGB in der Rechtswissenschaft grundsätzlich als zulässig anerkannt, da dies den Bedürfnissen der modernen Zeit entspricht ⁶⁾. Nach dem heutigen Stand werden für die

-
- 1) Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 4 ff. und S. 39 ff.; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift Juristentag, S. 31 ff. und S. 146, Fußnote 3.
 - 2) Simitis, a.a.O., S. 43: "Denn es ist gerade das Kennzeichnende aller rechtlichen Regelung, sich nicht absolut passiv gegenüber dem von ihr reflektierten Entwicklungsprozeß zu halten"; Löffelholz, Die Rechtsphilosophie des Pragmatismus, S. 118 ff.
 - 3) Raiser, JZ 1958, S. 3 ff.; Pappenheim, Festschrift für Cohn, S. 291.
 - 4) Dazu Fritz v. Hippel, Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts: Schriftenreihe "Recht und Staat" H. 195/196 (1957), S. 46 ff.
 - 5) Zur Entwicklung und Geschichte der AGB vgl. Raiser, AGB, S. 26 ff.; Staud.-Weber, Teil II 1 a, Einl. N 1 ff.
 - 6) BGHZ 22/92; OLG Celle, Urt. v. 7.12.1962, BB 1963, S. 116 Nr. 224; Raiser, AGB, S. 319; Fischer, BB 1957, S. 484; Lukes, JUS 1961, S. 306; Isele, JUS 1961, S. 308; v. Brunn, Die formularmäß. Vertragsbedingungen d. deutschen Wirtschaft, S. 114, Anm. 35; OLG Celle, NJW 63, 351; OLG Stuttgart NJW 63, 1206; Flume, Das Rechtsgeschäft II S. 668 ff.

AGB ¹⁾ fast übereinstimmend folgende Kriterien gegeben ²⁾:

1. Formularmäßige Typisierung von Massengeschäften ³⁾.
2. Abstrakte und generelle Vorausregelung für spätere Einzelrechtsgeschäfte.
3. Einseitiger Aufstellungsakt ⁴⁾ durch den Unternehmer ⁵⁾.
4. Die AGB sind Bestandteil des Einzelrechtsgeschäfts ⁶⁾.

Vor Aufnahme in den Einzelvertrag sind die AGB rechtlich bedeutungslos, erst mit Aufnahme in das Einzelrechtsgeschäft erhalten sie den Charakter einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung ⁷⁾.

-
- 1) Der Begriff der Geschäftsbedingung ist gegenüber den Begriffen der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der weiteste, vgl. v. Brunn im Gemeinschaftskommentar, § 2 Rdnr. 7.
 - 2) RGZ 13/77; Esser, Lehrbuch, § 123; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- u. Warenzeichenrecht, zu § 26 GWB; v. Godin, RGRK-HGB, § 346 Anm. 176; Raiser, AGB, S. 42; Lintz, WM 1965, 304.
 - 3) Hierauf stellt es Hildebrandt, AcP Bd. 143, S. 326, besonders ab: Verobjektivierter Vereinheitlichungswille des Unternehmers; im übrigen typisch hier i.S. von Muster, vgl. Hans J. Wolff, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 1952, S. 201, 1. Sp.; Helm Jus 1965, 121 ff.
 - 4) Raiser, AGB, S. 42; kritisch Schreiber, NJW 1967, 1442 ff.
 - 5) Mit Unternehmer soll die Partei benannt sein, welche die AGB aufgestellt hat oder in deren Interesse und auf deren Betreiben die AGB jeweils in den Einzelvertrag eingeführt werden; als Kunde oder Käufer ist diejenige Partei benannt, der gegenüber die AGB angeordnet werden.
 - 6) Raiser, AGB, S. 109 und 147 ff.; Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, S. 8 ff. mit weiteren Literaturnachweisen; Flume, Juristentag, S. 135 ff., S. 165 ff.
 - 7) Eine bereits mit dem Aufstellungsakt eintretende selbständige Existenz der AGB als Rechtsgeschäft - so vor allem Lukes - wird von der h.M. mit Hinweis auf die zu diesem Zeitpunkt noch fehlende Rechtserheblichkeit abgelehnt; Ballerstedt, JZ 1956 S. 270; Isele in Jus 1961 S. 308 ff., 310 (unter IV 1) u. 311; BGHZ 3/200; 12/136; 18/212; Serick, Vortrag: "Allgemeine Geschäfts- und Lieferungsbedingungen bei Sicherungsgeschäften", gehalten am 12. Juni 1962 in der Universitätswoche für Rechtsanwälte in Heidelberg, mit kleinen Abweichungen von der h.M. und mögliche Reflexwirkungen zugestehend; Raiser, AGB, S. 109; v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der Deutschen Wirtschaft, 2. Aufl. 1956 S. 68; krit. Schreiber a.a.O.

Jede kritische Untersuchung zum Problemkreis der AGB hätte logischerweise vom Ordnungsproblem auszugehen und sich anfänglich um eine Wesens- und Begriffsbestimmung der AGB und deren Eingliederung in das System der Zivilrechtsordnung zu bemühen. Indes treten gerade hier im dogmatischen Ansatzpunkt die größten Schwierigkeiten auf ¹⁾, gültige Aussagen zum Wesen und Rechtscharakter der AGB zu machen. So hatte z. B. die Rspr. die AGB infolge ihrer abstrakten und generellen Regelungsaufgabe zunächst als Rechtsnormen angesehen ²⁾, sogen. Rechtsnormentheorie ³⁾. Die mangelnde Ausrichtung der AGB nach objektiven Gerechtigkeitsvorstellungen und die mangelnde Rechtsetzungsbefugnis ihrer Aufsteller führte zu der Auffassung von der fertig bereitliegenden und allgemein geregelten Vertragsordnung ⁴⁾.

Der BGH hat mehrfach zu erkennen gegeben, wo die Unterscheidungsmerkmale und die Unverträglichkeiten der AGB mit individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen und dispositiven Gesetzesnormen liegen: So hat der BGH in einem Urteil vom 29. 10. 1956 ⁵⁾ die Rechtswirksamkeit von Haftungsaus-

-
- 1) v. Godin, Großkommentar, § 346 Anm. 17; Naendrup, Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 51 ff.; Schmidt-Salzer, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, S. 49 ff.; Helm, JUS 1965, 121 ff.
 - 2) RGZ 171/43; RG in DR 1941 S. 1210; BGHZ 1/83; 3/200; 9/1; Herschel in DR 1942 S. 753; Raiser, AGB, S. 60; vgl. auch BGH Urt. v. 17.2.1964 in BB 1964 S. 411 Nr. 635.
 - 3) Friedrich Klausung, Rechtsgestaltung und Rechtsschöpfung im Vertrags- und Gesellschaftswesen, DJurT 1936, S. 441 ff., insbes. Leitsätze S. 459 ff.; Bernhard, DR 1942 S. 1171 ff.; Hueck, Normenverträge, Jherings Jahrbuch 73, 33 ff.
 - 4) BGHZ 17/1 ff.; 33/216; Krause in BB 1955, S. 265 ff.; Ballerstedt in JZ 1956, S. 270; Lukes, Kartellvertrag, S. 201 ff.; vgl. auch S. 15 und S. 26; derselbe in JUS 1961, S. 304 ff.; v. Godin, Großkommentar, § 346 HGB, Anm. 17 c; v. Brunn, Formularbedingungen, S. 68; Droste, a.a.O.; Hub, Einheitsbedingungen der deutschen Textil- und Bekleidungsindustrie, S. 7/8; Fuchs, Kartellverbot und Einzelvertrag, S. 89.
 - 5) BGHZ 22/90 ff. (97).

schlüssen in AGB geprüft und dabei festgestellt: "Ein solcher - individueller - Haftungsausschluß unterscheidet sich grundsätzlich von dem generellen Haftungsausschluß in allgemeinen Geschäftsbedingungen, weil dieser die generelle Außerkraftsetzung der dispositiven Vorschriften bezweckt und damit für den Regelfall anstelle der vom Gesetz ins Auge gefaßten und für den Regelfall als billig und gerecht gedachten Regelung gerade eine andere setzen soll." Die neuere Entwicklungslinie wird vom BGH in einer Entscheidung vom 29.9.1960 ¹⁾ gekennzeichnet: "Die Tatsache, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig aufgestellt sind, also nicht wie die Bedingungen eines Individualvertrages im einzelnen ausgehandelt werden und daher der bei zweiseitigen Vertragsverhandlungen im gewissen Umfang gegebenen Gewähr der Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen entbehren, spielt auch für den Bereich der Rechtswirksamkeit der einzelnen ²⁾ Klauseln eine entscheidende Rolle." Das Merkmal der "einseitigen Festlegung der AGB durch einen Vertragsteil" wird schließlich in dem BGH-Urteil vom 29.10.1962 ³⁾ als wesentliches Kriterium zur Beurteilung der AGB bestätigt.

Diese im grundsätzlichen eingriffsbereite, aber vorsichtige Rechtsprechung und die an den traditionellen Kategorien orientierten Meinungen zeigen, wie sehr Rechtswissenschaft und Gesetzgeber von Gesetzmäßigkeiten und autonomen Ordnungsvorstellungen des Wirtschaftsmarktes überrollt worden sind ⁴⁾.

-
- 1) BB 1960, S. 1364 Nr. 2426; dazu vgl. auch Auer, BB 1963, S. 1116 Nr. 1731.
 - 2) Zum Problem der Teilnichtigkeit insbesondere Sandrock in AcP 159 S. 524 ff.; Naendrup a.a.O.
 - 3) BGHZ 38/183 = LM Nr. 5 zu § 276 BGB (Db) mit Anm. von Liesecke.
 - 4) Vgl. Raiser, JZ 1958, S. 1 ff., 7: "Es ist ein Ruhmesblatt der deutschen Rechtsprechung, daß sie schon seit Jahrzehnten an diesem Punkt die klassische Neutralität gegenüber einem vereinbarten Vertragsinhalt aufgegeben und den direkten Eingriff in solche Verträge gewagt hat." Kritischer Meyer-Ladewig, Über soziale Gerechtigkeit in unserer Rechtsordnung, MDR 1963, S. 724 ff.; H.J. Wolff gibt zu be-

Ansatzpunkte für eine umfassende logisch-systematische, vor allem auch in soziologischer Hinsicht ausschöpfende, gegenüber gesamtwirtschaftlichen, marktwirtschaftlichen und betriebsorganisatorischen Belangen verständige Begriffsanalyse liegen bislang noch nicht vor. Vor allem bereitet es Schwierigkeiten, die AGB als Mittelding zwischen Gesetzesnorm und privatrechtlichem Vertragsbestandteil in eine beiderseitige Privatautonomie zu integrieren ¹⁾, ohne die AGB ihrer typischen Gefahr auszusetzen, vom wirtschaftlich Überlegenen einseitig mißbraucht zu werden ²⁾ und ohne andererseits ihre "wohltuenden Differenzierungen" und ihre "Rationalisierung im Vertragswesen" ³⁾ zu vernichten. Kann der wirtschaftlich Überlegene für sich eine einseitige Lasten- und Risikoabwälzung auf den Einzelkunden, dem seinerseits eine ausgleichende privatautonome Mitgestaltung verwehrt ist, erreichen, so ist notwendig - außerhalb der kontrollierenden Funktion des Vertragsmechanismus ⁴⁾ - eine Richtigkeitsprüfung nach Maßgabe spezifisch zu ermittelnder Inhaltskontrollmaßstäbe durchzuführen ⁵⁾.

denken, daß dem Rechtsanwender im Wechselspiel der Typenjurisprudenz die Doppelrolle der Auflockerung und Verfestigung zufällt, Studium Generale 1952, S. 195 ff. (201 r. Sp.).

- 1) Wie sich besonders bei der Begründung der Revisibilität der AGB zeigt. Vgl. BGH in NJW 1951, S. 402; BGH in Betrieb 1952, S. 1008; Droste, AGB, Betrieb 1957, Beilage Nr. 10 unter XI, unter Betonung der Einseitigkeit des AGB-Diktates und unter Berufung auf § 315 BGB; Flume, Juristentag-Festschrift, S. 168.
- 2) BGHZ 26/185; Mroch, a.a.O., S. 2; Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 460/61; Müller-Eisert, a.a.O., S. 4.
- 3) v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen d. Deutschen Wirtschaft, S. 27 ff.; vgl. Brandner, Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP Bd. 162 (1963) S. 237 ff., 247 ff.; Mroch a.a.O.
- 4) Dazu ausführlich: Schmidt-Rimpler, AcP Bd. 147, S. 130 ff., 146 ff.
- 5) Hauptsächlich infolge Funktionsunfähigkeit des liberalistischen Willensdogmas, vgl. Schmidt-Rimpler, AcP Bd. 147 S. 157 ff. und Fußn. 34; Müller-Eisert, a.a.O., Einl. S. VI

Nach dem augenblicklichen Entwicklungsstand versucht die Rechtswissenschaft, den zahlreichen Ordnungsproblemen im Recht der AGB dadurch beizukommen, daß sie solche spezifischen Kontrollmaßstäbe zu gewinnen versucht. Dabei erstrecken sich die Bemühungen zunächst darauf, die AGB in ihren tatsächlichen Einzellerscheinungen, vor allem in ihren betriebs- und marktwirtschaftlichen Auswirkungen aufzudecken, wie z.B. das Problem des Preisäquivalents, und eine Bewertung nach bestimmten Grundsätzen und Methoden durchzuführen; von hier aus werden dann neue und fruchtbare Ansatzpunkte für eine erschöpfende Begriffsbestimmung sichtbar. Die weiteren Ordnungsprobleme: Aufstellungsvorgang, Eingehen der aufgestellten AGB in das Einzelrechtsgeschäft, spezifische AGB-Inhaltskontrolle ¹⁾ können sodann ebenfalls befriedigend gelöst werden. In diesen Stand der Forschung, Bewältigung der Wertungsproblematik, ist auch die vorliegende Arbeit einzureihen.

II. Das als Arbeitsunterlage zugrunde gelegte AGB-Material und allgemeine Auswertungen für Vertragsabschlußklauseln

Die Arbeit beruht in ihren Aussagen zu Vertragsabschlußklauseln in AGB auf zur Zeit tatsächlich im Geschäftsverkehr verwendeten AGB-Formularen. Dieses AGB-Material rührt im wesentlichen ²⁾ aus einer umfangreichen Sammlung von AGB-Formularen aller Industrie-, Handels- und Gewerbesparten des Rechtswissenschaftlichen Seminars der Universität Münster/Westf.

und XIII; Dahm, Deutsches Recht, § 59 V, S. 469; rechtsvergl. Auer, Urteilsbespr. in BB 1963 S. 1115 Nr. 1731; zu dem Argument des Preisäquivalents vgl. Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 461/2; krit. Brandner, AcP 162, S. 255; Naendrup a.a.O.

- 1) Vgl. die geraffte Übersicht zur BGH-Rspr. in JuS 1963 S. 120.
- 2) Andere AGB-Sammlungen, wie z.B. Müller-Eisert, Allgemeine Lieferungsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, oder wie z.B. die rechtsvergl. Untersuchung von Müller-Henneberg, Geschäftsbedingungen der europäischen Papierindustrie, finden daneben ebenfalls Berücksichtigung.

her. Die Sammlung bildet für eine Untersuchung der Vertragsabschlußklauseln einen verhältnismäßig geschlossenen Materialbestand bezüglich der vorkommenden Vertragsabschlußklauseln. Es wurden nur solche AGB herangezogen, die auf privatautonomer Basis aufgestellt worden sind, gleichgültig, ob unter Mitwirkung der beteiligten Interessenten. Die Anwendung der AGB muß dem einzelnen organisierten Mitglied freistehen ¹⁾. Geht man von einer Gruppierung der AGB aus ²⁾ in behördlich genehmigte AGB, bzw. einer laufenden institutionellen Kontrolle einer Aufsichtsbehörde unterworfenen AGB ³⁾ (z.B. Bankbedingungen, § 36 KWG a.F. ⁴⁾, § 5 VAG ⁵⁾) oder gesetzlich privilegierte AGB (z.B. VOB ⁶⁾, §§ 17, 24 Personenbeförderungsgesetz ⁷⁾) auf der einen Seite und in völlig unkontrollierte ⁸⁾ AGB auf der anderen Seite, so zeichnen sich nur die letzteren durch vollkommen privatautonome Aufstellung und Geltung aus. Sie werden daher auch freie AGB genannt. Bei diesen freien AGB bleibt es für eine rechtliche Beurteilung unerheblich, ob sie ihrerseits wieder auf Mustern oder verbandsmäßigen Empfehlungen aufbauen, die von Verbänden der Beteiligten vereinbart oder ausgehandelt worden sind, sogenannte frei vereinbarte AGB ⁹⁾. In jedem Falle fehlt es an

-
- 1) Gleichgültig, ob auf Vorschlag des Interessentenverbandes.
 - 2) Clauss, in MDR 1959, S. 165; zur Gruppierung von AGB vgl. auch Benno v. Noltbeck, Über die Grenze der Freizeichnung in Allgemeinen Lieferungsbedingungen, S. 3 ff; Raiser, AGB S. 48 ff.
 - 3) Bedenken gegen eine Ausweitung eines staatlichen Aufsichts- und Kontrollrechts werden insbesondere aus praktischen Gründen erhoben, vgl. Nastelski, DRiZ 1955, S. 212 ff. (213, 214).
 - 4) Kreditwesengesetz vom 6.7.1931, RGBl I 1931, S. 315.
 - 5) Versicherungsaufsichtsgesetz i.d.Fass. v. 28.2.55 (BGBl I S. 85).
 - 6) Verdingungsordnung für Bauleistungen von 1921 - 1926.
 - 7) V. 4.12.1934 (RGBl I 1217) i.d.Fass. v. 21.3.1961 (BGBl I S. 241).
 - 8) Abgesehen von kartellrechtlichen Bestimmungen.
 - 9) Vgl. § 4 Abs. 1 GWB. Zum Ausmaß der richterlichen Inhaltskontrolle bei gesetzlich privilegierten AGB vgl. BGHZ 9, 390; 23, 181.

einer objektiven Inhaltskontrolle durch eine bestimmende Instanz ¹⁾, sei es auch nur im Wege einer staatlichen Aufsichtskontrolle oder eines organisierten Mitspracherechts repräsentativer Interessenvertreter. Für die freien AGB kommt mithin nur eine durch den Einzelfall ausgelöste und auf diesen als Medium beschränkte Inhaltskontrolle durch den Richter in Frage.

In der weiteren Bearbeitung dieses AGB-Materials wurden die einzelnen Klauseln nach juristischen Gesichtspunkten und Tatbestandsmerkmalen des Vertragsabschlusses durchleuchtet, subsumiert und typisiert. Dabei schälten sich vier große Regelungskomplexe heraus: die Klausel "freibleibend" und ihre rechtliche, marktwirtschaftliche und werbemäßige Bedeutung für den Vertragsabschluß; Klauseln, welche zeitliche Beschränkungen der Gebundenheit des antragenden Vertragsteiles zum Gegenstand haben; Klauseln über den Haftungsausschluß gegenüber Vertreterhandeln und schließlich Klauseln über die Form bei Vertragsabschluß und ihre Bedeutung für den Haftungsausschluß.

Auf eine gleichzeitig durchgeführte statistische Auswertung des Materials mußte wegen seiner allzu schwachen Aussagekraft verzichtet werden. Die einschneidendste Fehlerquelle für eine statistische Untersuchung besteht darin, daß das zur Verfügung stehende gemischte Material ²⁾ keinen repräsentativen Durchschnitt darstellt, der einen Einblick in den tatsächlichen Geltungsbereich und in die Häufigkeit der Anwendungsfälle freigibt. Auch für eine z.B. nach Wirksamkeitsgra-

-
- 1) Nach Entkräftung des Vertragsmechanismus als Kontrollinstanz infolge wirtschaftlicher Schwächung der "protestierenden" Gegenseite, vgl. Schmidt-Rimpler, AcP Bd. 147, S. 130 ff.
 - 2) Z.B. stehen die AGB großer Interessenverbände gleichbedeutend neben denen von Klein- und Mittelbetrieben, die ungleich weniger Anwendung finden. Vgl. v.Brunn, Formularmäßige Vertragsbedingungen, S. 139, der fordert: "das dem einzelnen Wirtschaftszweig Angemessene zu finden".

den oder Geschäftsbranchen differenzierende Auswertung erweist sich eine solche Materialsammlung als unzulänglich.

Nach dieser Durchsicht der Vertragsabschlußklauseln lassen sich nur wenige allgemeine Aussagen zu ihrer systematischen Stellung innerhalb der Gesamtaufstellung von AGB machen.

Gruppiert man die einzelnen AGB-Klauseln systematisch nach sachlich zusammenhängenden Regelungskomplexen, z.B. Vertragsabschluß, Verzugsregelung, Eigentumsvorbehalt und sonstige Bestellung von Sicherungsrechten, Rücktrittsrechte, oder gruppiert man nach dem Häufigkeitsgrad der typischen Klauseln, so ergibt sich in beiden Fällen, daß Vertragsabschlußklauseln vornehmlich ¹⁾ den allgemeinen Teil der AGB bilden ²⁾ und überdurchschnittlich häufig vorkommen.

§ 2 Das Sonderproblem einer rechtlich und zeitlich vorverlegten Geltung bei Vertragsabschlußklauseln

Wie alle Gruppen von AGB haben auch die Vertragsabschlußklauseln ihr spezifisches Eigenleben, ihre Rationalisierungsaufgaben und ihre Eigengesetzlichkeiten. Vertragsabschlußklauseln zeichnen sich gegenüber den anderen AGB-Gruppen vor allem dadurch aus, daß sie nicht erst bei der Abwicklung, vor allem nicht bei der Abwicklung fehlerhafter und gescheiterter Geschäfte zur Geltung gelangen, sondern als Aufbauregeln am Anfang der rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen stehen. Mit Vertragsabschluß werden sie fast durchweg gegenstandslos.

-
- 1) Daneben vielleicht noch die Gerichtsstandsklausel.
 - 2) So z.B. auch die Gliederung bei Koehler, Allgemeine Verkaufsbedingungen, S. 10 ff., S. 50 (Mitte), der die Bestimmungen allgemeiner Art auf Zahlungsbedingungen und Schiedsklauseln ausdehnt.

Zwar reicht es für die meisten AGB-Klauseln aus, daß ihre einzelvertragliche Geltung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einsetzt ¹⁾: Durch Zuhilfenahme der vertraglichen Einigung selbst ²⁾ - und das ist der Regelfall und auch die dogmatische Erklärung nach der klassischen Rechtsquellenlehre ³⁾ - oder im Wege ausdrücklicher oder stillschweigender ⁴⁾ "Unterwerfung" ⁵⁾, oder unter Zuhilfenahme einer entsprechenden Verkehrssitte oder eines dahingehenden Handelsbrauchs ⁶⁾ im Zusammenwirken mit Auslegung und Vertrauenshaftung werden solche Klauseln wie etwa Gewährleistungs-, Zahlungs-, Verzugs-, Transport- oder Verpackungsregelungen in den Einzelvertrag eingeführt. Vertragsabschlußklauseln dagegen dienen dazu, bisher unverbindlich gehaltene Geschäftsabsprachen zum Vertragsabschluß hinzuführen; sie treten also rechtlich und zeitlich bereits vor oder spätestens bei Vertragsabschluß in Funktion, müssen mithin mindestens vor Vertragsabschluß eingeführt worden sein, genauer gesagt, vor Abgabe irgendwelcher Erklärungen, die vom Empfänger unter Umständen als Vertrags- erklärungen aufgefaßt werden könnten; beispielsweise etwa derart, daß ein Angebot, das alle Merkmale eines verbindlichen Vertragsantrages enthält, eben nicht als rechtsverbindliche Vertragserklärung anzusehen ist. Diese Eigenschaft der

-
- 1) Jakob Kost, Zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 7; Christian Guthke, Diss. Münster 1958.
 - 2) Raiser, Urteilsbesprechung KG Urt. v. 22.10.1949 in SJZ 1950, Sp. 669; Larenz, Schuldrecht I, (5. Aufl.), § 8 IV, S. 89/90 Fußnote 1 u. 2.
 - 3) Vgl. statt vieler: Fuchs, Kartellverbot und Einzelvertrag, S. 90/91.
 - 4) Besonders am unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreiben entwickelt, BGHZ 7/187 ff. (191) 9/1; 12/136; BGH in BB 1962, S. 902 Nr. 1466. Krit. Schreiber, NJW 1967, 1441 ff.
 - 5) Vgl. Raiser, AGB, S. 147 ff.; Guthke, Zum Wirksamwerden allgemeiner Geschäftsbedingungen (Jur. Diss.), S. 40 ff. mit weiteren Nachweisen; Krause, BB 1955 S. 266; Mroch, a.a.O., S. 14 ff.; RG DR 1941, 1211; BGHZ 9, 1; Larenz, Lehrb. I S. 78; Esser, Lehrb. S. 41; Staudinger-Weber, Rdz. 24 a vor § 145.
 - 6) Larenz, Lehrb. I § 8 IV S. 89 u. Fußn. 2; Ennecc.-Nipperdey, Lehrb. § 163 VI, 6.

Vertragsabschlußklauseln läßt sich mit "vorzeitiger Auslegungsfunktion und vorzeitigem Geltungserfordernis von Vertragsabschlußklauseln" umschreiben.

Verbreitet finden sich Vertragsabschlußklauseln solcher Auslegungsfunktion auch schon in AGB-Hinweiserklärungen ¹⁾; für diese ist eine vorzeitige Einführung in das sich anbahnende Vertragsverhältnis gleicherweise notwendig.

Das vorzeitige Geltungserfordernis von Vertragsabschlußklauseln wirkt sich praktisch dahin aus, daß für eine Reihe von Vertragsabschlußklauseln die komplexe Aufnahme zusammen mit allen anderen AGB in den Einzelvertrag bei Abschluß des Hauptvertrages nicht ausreicht ²⁾. Um die ihnen zugedachte Rechtswirkung entfalten zu können, sind Vertragsabschlußklauseln vorzeitig in das sich anbahnende Vertragsverhältnis einzuführen: Als vorzeitiger Geltungsgrund wäre eine Geltung kraft Verkehrssitte denkbar. Ein solcher hat sich jedoch für Vertragsabschlußklauseln weder allgemein noch im allgemeinen Geschäftsverkehr, noch für Handelsgeschäfte durchgesetzt ³⁾; nur in Ausnahmefällen und unter der Voraussetzung einer allgemeinen Interessenregelung und langandauernden Übung mit der Folge, daß sich bei allen Rechtsgenossen die Vorstellung der Üblichkeit gebildet hat ⁴⁾, könnte Vertragsabschlußklauseln solche Bedeutung zukommen. Eine solche Geltungsanordnung besteht bereits im Bank-, Versicherungs- und Transportwesen, soweit nach allgemeiner Verkehrsübung mit derartigen Bedingungen zu rechnen ist, und soweit ferner

-
- 1) Z.B.: "Für alle Geschäftsbeziehungen und Abschlüsse gelten unsere nachfolgenden AGB."
 - 2) Etwas anderes gilt nur, wenn die formularmäßige Abschlußgestaltung so gehalten ist, daß es auf die vorzeitig in Funktion tretenden Vertragsabschlußklauseln nicht mehr ankommt, z.B. im Bestellscheinverfahren. Vgl. auch Haberkorn, Zum Wirksamwerden allgemeiner Lieferbedingungen, MDR 1961, S. 818 ff.
 - 3) Wohl hat sich im Verkehr eine bestimmte Bedeutung über die eine oder andere Vertragsabschlußklausel durchgesetzt, was hier aber unerheblich ist.
 - 4) Lukes in JuS 1961, S. 301 ff., S. 304 r. Sp.; Raiser, Besprechung zu KG Urt. v. 22.10.1949 in SJZ 1950, Sp. 669.

sie öffentlich bekannt gemacht worden sind und soweit auch mit der öffentlichen Bekanntmachung zu rechnen ist ¹⁾. Vertragsabschlußklauseln werden insbesondere in allen den Fällen schon vor Vertragsabschluß rechtlich verbindlich, in denen die AGB im Rahmen laufender und nicht erst vor kurzem begründeter, sondern seit längerem bestehender Geschäftsbeziehungen ²⁾ bereits in das Vertragsverhältnis eingeführt sind ³⁾. In allen übrigen Fällen des formularmäßigen Einzelrechtsgeschäfts mit einem Einzelkunden - und das ist auf der Verbraucher-Handelsstufe der Normalfall - müssen Vertragsabschlußklauseln jeweils zu Beginn eines sich anbahnenden Vertragsabschlusses gebracht werden, um zu erreichen, daß die vorgenommene Gestaltung des Vertragsabschlusses von den Regelungen der Vertragsabschlußklauseln bestimmt wird. Im Geschäftsverkehr wird eine vorzeitige Geltung durch unaufgeforderte oder angeforderte Übersendung von Preislisten, Katalogen mit aufgedruckten AGB, durch Presseveröffentlichungen, Aushänge im Geschäftslokal, durch Zeitungs- oder Zeitschriftenbeilage oder durch Bezugnahme auf frühere Geschäftsabschlüsse ⁴⁾ zu erreichen versucht ⁵⁾. Ob damit eine rechtswirksame Einführung der Vertragsabschlußklausel erreicht wird, läßt sich in allgemeiner Form nicht beurteilen. Dazu spielen die Einzelumstände eine entscheidende Rolle. Im allgemeinen neigt die Rechtsprechung dazu, eine vorzeitige Geltung der AGB dann

-
- 1) BGHZ 1/86; OLG Hamburg, MDR 1953, S. 301 ff. (304); OLG Stuttgart in JZ 1951, S. 135; für die ADSp.: BGHZ 3/203; 12/136; Stoldt in MDR 1951, S. 141.
 - 2) Einmaliger Abschluß genügt nicht BGHZ 18/212 (217).
 - 3) RGZ 13/76; 66/40; OGH in BB 1950, S. 333 l. Sp.; LG Göttingen in BB 1951, S. 739 r. Sp.; Koehler, Orderkopie u. Bestellschein, S. 17, S. 27; insb. Philipowski, Geschäftsverbindung, S. 48 ff.
 - 4) Hierzu eingehend mit weiteren Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen Philipowski, Geschäftsverbindung, S. 25, 51 ff., 61/62.
 - 5) Raiser, AGB, S. 57 unter 2, weist daraufhin, daß ein fester Bezugspunkt vorhanden sein muß; Philipowski, S. 48 ff.

anzunehmen, wenn der andere Vertragsteil sich bei seinem Vertragsantrag erkennbar auf derartige, die AGB enthaltende Unterlagen bezogen hat, sofern die AGB zur Einsicht offen stehen, z.B. muß der Einzelvertragspartner auf eigenes Anfordern hin die Lieferungsbedingungen erhalten können ¹⁾.

Bei bestimmter Gestaltung des Abschlußverfahrens lassen sich Vertragsabschlußklauseln mit vorzeitiger Auslegungsfunktion auch gänzlich erübrigen, wie z.B. im Bestellscheinverfahren, das durch das wachsende "Vertretergeschäft" verbreitet worden ist. Im Bestellscheinverfahren werden die AGB bereits in vorformulierte Antragformulare aufgenommen und vom Einzelvertragspartner selbst mit seiner Antragsstellung in das Vertragsabschlußverfahren eingeführt. In aller Regel ist damit der Rechtscharakter der einzelnen Erklärungen hinreichend festgelegt.

§ 3 Bewertungsprobleme

I. Würdigung der einzelnen Kontrollnormen und Bewertungsgrundsätze

Die Inhaltskontrolle typischer Vertragsabschlußklauseln verfolgt das Ziel, die sachlich zusammenhängenden, typischen Regelungskomplexe zu erfassen und als solche nach spezifischen Kontrollmaßstäben zu bewerten. Die konkreten Bewertungsgrundlagen sollen aus den einschlägigen Ordnungs- und Interessenausgleichsregelungen des Gesetzes ermittelt werden ²⁾. Hierbei sind die tragenden rechtlichen Strukturelemente der Vertragsfreiheit und der Individualgerechtigkeit zu berücksichtigen

1) Vgl. KG Urt. v. 22.10.1949 in SJZ 1950, Sp. 669.

2) Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 7 ff.; Nastelski, DRiZ 1955, S. 212 ff.; Senckpfehl, a.a.O. S. 57, 63.

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen zur Inhaltskontrolle ist die praktische richterliche Prüfung. Für gesetzgeberische Schutzmaßnahmen ¹⁾ zum Kampf gegen unlautere AGB soll hier nicht plädiert werden. Die richterliche Inhaltskontrolle kann beim Einigungsmangel oder bei der Einzelbewertung einer Vertragsklausel ansetzen. Im ersteren Falle wird hypothetisch geprüft, mit welchen Klauseln der Kunde billiger- und gerechterweise rechnen mußte ²⁾. Demnach kann dieser Maßstab, der dem Gesichtspunkt der vertraglichen Einigung untergeordnet ist, auf Grund der heute herrschenden Verhältnisse nur noch bei wirklichen "Überraschkungsklauseln" eine hinreichende Inhaltskontrolle gewährleisten ³⁾. Die Einzelbewertung prüft die einzelne AGB-Klausel nach bestimmten, rechtlichen Kriterien; die konkrete Berufung auf die einzelne, beanstandete Klausel stellt sich dann als ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung dar. In der praktischen Bedeutung ist die Einzelbewertung vorherrschend ⁴⁾.

Die Skala der zur Abwehr unlauterer AGB von der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung bereit gestellten, angewandten und vorgeschlagenen Kontrollnormen und Kontrollmaßstäbe ⁵⁾ ist im folgenden bestandsmäßig aufzunehmen und auf ihre Brauchbarkeit zu prüfen. Sämtliche als brauchbar erkannte Kontrollmittel sollen zur Durchführung der Einzelbewertung herangezogen werden.

-
- 1) Vgl. Westermann, Objektivierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch Umwandlung in objektives Recht, Diskussionsbericht, NJW 1963, S. 158 ff.; Johannes, NJW 1963, S. 1206; Brandner, a.a.O. S. 246.
 - 2) Vgl. Lutz, WM 1966, 1129 f.
 - 3) Vgl. LG Wuppertal, NJW 1966, 1129/30; OLG Düsseldorf, NJW 1965, 763.
 - 4) Vgl. dazu die jüngste Rspr.: LG Verden, Betrieb 1967, 1672; OLG Celle, NJW 1967, 351 m.w.Nachw.
 - 5) BGHZ 33, 216 ff.; 38, 138 ff.; LG Wuppertal, NJW 1966, 1229/30; Lutz, WM 1965, 30 ff.; Helm, JuS 1965, 126 ff.; vgl. Überblick bei Lukes, Inhaltskontrolle, S. 463 ff.; Isele, gerafft in JuS 1961, S. 308 ff.; Auer in BB 1963, S. 1115 Nr. 1731, zugl. Urt. Besprechung des Urt. OLG Celle v. 2.5.1963 und des OLG Stuttgart v. 19.12.1962, ebenfalls dort abgedruckt.

An erster Stelle sind die kasuistischen, zwingenden Gesetzesnormen im Sinne von § 134 BGB zu nennen ¹⁾. Sie finden sich nur vereinzelt, wie z.B. in § 476 BGB ²⁾ für die Haftungsbeschränkung gegenüber Gewährleistungsansprüchen bei arglistigem Verschweigen oder in den Vorschriften der §§ 344, 443 BGB oder in den Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes. Eine andere sehr spezifische gesetzliche Kontrollnorm zeigte sich kürzlich bei einer Entscheidung des AG Frankfurt ³⁾ in einem typischen Fall für "Lockinserate". Lockinserate sollen Zugang zu potentiellen Kunden verschaffen, die sonst dem klar an sie herangetragenen Ansinnen, z.B. eine Schreibmaschine zu kaufen, sich wahrscheinlich verschlossen hätten, aber durch das Angebot von Heimarbeit, d.h. Bezahlung des Kaufpreises durch Abarbeiten, sich zum Kauf einer Maschine haben verleiten lassen. Nach § 9 Abs. 4 der Bekanntmachung einer bindenden Festsetzung von Entgelten und sonstigen Vertragsbedingungen für Adressenschreiben, Abschreibearbeiten und ähnlichen Arbeiten in Heimarbeit v. 12.6.1959 (Bundesanzeiger Nr. 145 v. 1.8.1959 S. 2) i.V. mit § 19 S. 2, S. 4 Heimarbeitsgesetz darf der Auftraggeber von Heimarbeit das gelieferte Schreibzeug nur zum Selbstkostenpreis in Rechnung stellen.

Im Bereich der Vertragsabschlußklauseln finden sich keine speziellen, zwingenden Inhaltskontrollnormen.

Die Vorschriften des GWB könnten geeignete Kontrollmittel sein. Die Anwendung der Vorschriften des GWB ist auf Konditionenkartelle, d.h. auf gemeinsam durch mehrere Unternehmer aufgestellte AGB beschränkt; erfahrungsgemäß spielen hierbei Vereinbarungen von AGB gegenüber Endverbrauchern eine unter-

1) Vgl. Fritz v. Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, S. 110 ff., S. 114/15.

2) Vgl. Urt. des OLG Celle v. 7.12.1962 in NJW 1963, S. 351 zu den AGB des Gebrauchtwagenhandels.

3) AG Frankfurt a.M., Urt. v. 7.12.1963 in BB 1963, S. 733 Nr. 1147.

geordnete Rolle ¹⁾. Nach § 2 Abs. I S. 1 GWB sind nicht preisbezogene AGB zwar vom allgemeinen Kartellverbot des § 1 GWB ausgenommen, sie unterliegen aber gleichwohl zu ihrer Rechtswirksamkeit einer Verwaltungskontrolle durch das Bundeskartellamt: Gem. § 9 Abs. 2, 2 Abs. 3 GWB sind Konditionenkartelle bei der Kartellbehörde anzumelden; sie unterliegen einer Mißbrauchsaufsicht nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 GWB; bei Mißbrauch der Marktstellung nach ihrem Inhalt oder der Art ihrer Durchführung oder bei Verletzung gewisser internationaler Handelsgrundsätze kann die Kartellbehörde die Wirksamkeit des Konditionenkartells verhindern; gegenüber marktbeherrschenden Unternehmungen kommt die Sonderregelung des § 22 Abs. 3 GWB in Betracht.

Prüft man die Wertmaßstäbe des GWB auf ihre Eignung zur Inhaltsbegrenzung von AGB wie auch auf ihre Anwendung im Rahmen der kartellbehördlichen Kontrolle, so ergeben sich mit Rücksicht auf die hier zu untersuchenden Vertragsabschlußklauseln zwei Fragestellungen ²⁾:

1. Wenn nach dem GWB auch Konditionenkartelle unter den Kartellbegriff fallen, gilt diese Erfassung dann für die Kartellierung jeglicher Geschäftsbedingungen, oder gilt dies nur für Konditionen mit ausgesprochen wettbewerbsbeschränkendem Charakter?
2. Welche Rechtswirkungen hat gegebenenfalls ein vom Bundeskartellamt oder einem Rechtsmittelgericht ausgesprochenes Kartellverbot auf die Einzelverträge - Folgeverträge, Drittverträge, Kundenverträge -, in welche die beanstandeten Konditionen eingegangen sind?

1) Das bekannteste Beispiel ist bislang noch immer das Konditionenkartell der Färbereien und chemischen Reinigungsbetriebe, WuW 1960 S. 36; zu § 22 GWB vgl. v.Brunn, AcP Bd. 159 S. 552 f.

2) Ähnlich Lukes, Kartellvertrag, S. 242.

Die erste Frage betrifft den Kartellbegriff des GWB. Bedenken gegen eine Aufnahme weitgehend wettbewerbsindifferent ausgerichteter AGB ¹⁾, wie z.B. der Vertragsabschlußklauseln, in den Geltungsbereich des GWB lassen sich allenfalls aus der ratio legis des GWB herleiten, soweit das GWB neben dem Individualschutz auch den Institutionsschutz des Wettbewerbs betrifft ²⁾. Eine teilweise Ausklammerung wettbewerbsindifferenten AGB würde indessen nur Verwirrung stiften und die umfassende Würdigung eines Konditionen-Kartells beeinträchtigen. Darum sind auch wettbewerbsindifferente AGB unter den Normbereich des GWB zu stellen ³⁾. Die zweite Frage betrifft die Wirkung der unter Verstoß gegen ein Kartellverbot abgeschlossenen Einzel-Rechtsgeschäfte, sogenannte Drittbezogenheit der Kartelle. Diese Frage der Wechselwirkung von Kartellverbot und Einzelvertrag wird noch heute im Kartellrecht diskutiert ⁴⁾, zumal der Bundesgerichtshof in zwei Entscheidungen ⁵⁾ anscheinend widersprüchliche Positionen bezogen

-
- 1) Nastelski, DRiZ 1955, S. 212 ff. (215), erachtet solche AGB, die dem Bereich der Allgemeinen Wirtschaftsordnung angehören und im wesentlichen die rechtliche Abwicklung des Geschäfts betreffen, schon aus dem Grunde für zulässig, weil sie "wirtschaftlich nicht ins Gewicht fallende Wettbewerbsbeschränkungen zur Folge haben."
 - 2) Statt vieler: Geisler, Konditionskartelle, S. 115 ff., 117; v. Brunn in Gemeinschaftskommentar Müller-Henneberg, 2. Aufl., § 2, 6, 9 ff.
 - 3) So auch Lukes, Inhaltskontrolle, S. 464; v. Brunn in Gemeinschaftskommentar zum GWB, § 2 Rdnr. 6, 10 ff.; v. Brunn in Verwaltungspraxis, S. 58/59; a.A. wohl Staud.-Weber, Teil II 1 a, Einl. Rdnr. N 487, 490.
 - 4) Eine Wechselwirkung ablehnend z.B. Schwenk in WuW 1958, S. 326; Ballerstedt in JZ 1956, S. 267 ff., 270; Spengler in WuW 1960, S. 410 ff., 415/416; Übersicht bei v. Brunn, Gemeinschaftskommentar GWB, § 2 Rdnr. 2; auch Lukes, Kartellvertrag, § 19, S. 229 ff., kommt im Ergebnis zur Aufrechterhaltung des Einzelrechtsgeschäfts.
 - 5) BGH in NJW 1954, S. 68: Nichtigkeit, aber Aufrechterhaltung des Einzelrechtsgeschäfts im Interesse des Wettbewerbs und entsprechend der ratio legis. BGH in NJW 1956, S. 1201: Einflußlosigkeit des Kartellverbots auf den Einzelvertrag.

hat. Nach wohl herrschender Auffassung kommt ¹⁾ dem Einzelvertragspartner ein Schutz nach dem GWB lediglich als Reflexwirkung zu. Diese Meinung stützt sich auf Sinn und Zweck des GWB als Institution ²⁾ des Wettbewerbsschutzes und auf den Grundsatz der Rechtssicherheit unter Berücksichtigung volkswirtschaftlicher und wirtschaftspolitischer ³⁾ Gesichtspunkte. Im Rahmen einer systematisch-logischen und soziologischen Analyse zu dieser Frage gelangt Fuchs ⁴⁾ ebenfalls zum Ergebnis, daß der Einzelvertrag nicht vom Verbotsbereich erfaßt wird. Fuchs stellt dar, daß aus dem Verhältnis zwischen rechtsgeschäftlicher Privatautonomie und zwingenden Regeln wirtschaftspolitischer Ordnungsgesetze keine vergleichbaren Größen und erst recht kein einheitliches Rechtsgeschäft gefolgert werden dürfe. Vor allem ist nur die materielle Wettbewerbsbeschränkung Gegenstand des GWB, nicht aber die einzelne Wettbewerbshandlung. Wenn demnach bereits hier festgestellt werden kann, daß das Kartellverbot eines Konditionenkartells die Rechtswirksamkeit der nach den kartellierten Konditionen abgeschlossenen Einzelrechtsgeschäfte nicht berührt, können die einschlägigen Bestimmungen des GWB auch nicht als unmittelbar rechtswirksame Inhaltsbegrenzungsnormen angesehen werden.

-
- 1) Statt vieler: Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kommentar (8. Aufl.), § 1 Rdnr. 62 ff.; § 2 Rdnr. 1; v. Brunn in Gemeinschaftskommentar, Anh. zu § 2 Rdnr. 12 Rck. 6. Hub, Einheitsbedingungen der Deutschen Textil- und Bekleidungsindustrie, S. 17 ff.; Raiser in JZ 1958, S. 7; Enneccerus-Nipperdey, § 163 VI 4, Fußnote 39 mit weit. Hinweisen; ausführlich mit Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen Hayo Edzard, Das Kartell vor der Entscheidung der Kartellbehörde, Diss. München 1963.
 - 2) Dies betont vor allem Fikentscher in BB 1956, S. 73 ff.
 - 3) Vgl. Benisch in WuW 1961, S. 764 ff.
 - 4) Fuchs, Kartellverbot und Einzelvertrag, FIW-Schriftenreihe H. 11 (1963), S. 93 ff.

Im folgenden soll aber weiter geprüft werden, ob vom GWB nicht doch etwa mittelbare Schutzwirkungen für Einzelverträge zum Schutz gegen ungerechtfertigte AGB erwartet werden dürfen und von welcher Art diese Außenwirkungen sind, oder ob sonstige allgemeine Bewertungskriterien aufgefunden werden können.

Gemäß § 2 Abs. 3 hat die Kartellbehörde bei Konditionenkartellen zu prüfen, ob die in § 12 Abs. 1 GWB aufgeführten Verstöße vorliegen, also insbesondere ob das angemeldete Konditionenkartell oder die Art seiner Durchführung einen Mißbrauch der durch Freistellung von § 1 GWB erlangten Stellung im Markt darstellt. Gegebenenfalls kann die Kartellbehörde nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 GWB eingreifen. Ohne im einzelnen auf die wissenschaftlichen Auseinandersetzungen des (objektiven) ¹⁾ Mißbrauchsbegriffs eingehen zu müssen ²⁾, läßt sich aus den genannten Bestimmungen des GWB erkennen, daß die Inhaltskontrolle im Wege der Mißbrauchsaufsicht weitgehend an die Marktstellung der Kartellmitglieder und an das Phänomen der kollektiven Durchsetzung der AGB anknüpft; was aber im übrigen die Bewertung der positionsverschlechternden Reflexwirkungen angeht, die Lukes ³⁾ für so wesentlich erachtete, daß er hieraus einen neuen Kartellbegriff bildete, greift die Inhaltskontrolle der Mißbrauchsaufsicht im wesentlichen auf alte Formulierungen zurück, die längst im Zusammenhang mit den §§ 138, 242 BGB ⁴⁾ entwickelt worden sind: Die Rechtsfindung zum Mißbrauchstatbestand wird im wesentlichen mit Hilfe

1) Ebenso wie § 4 Abs. 2 der Kartellverordnung v. 1923 i.d.F. vom 5.7.1933, RGBl. I, S. 481.

2) Statt vieler: Dörinkel in Gemeinschaftskommentar GWB (2. Aufl.) 1963, § 12 Rdnr. 2.

3) Lukes, Kartellvertrag, S. 167 ff.; 192 ff.; 249.

4) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, § 2 Rdnr. 17; Dörinkel, a.a.O., § 12 Rdnr. 2 ff.; v. Hahn in BB 1959, S. 1279; Schulz in NJW 1958, S. 1844; Staud.-Weber, Teil II 1 a Einl. N 500, 501.

der überkommenen Inhaltskontrollnormen vorgenommen. So wird z.B. an Hand der §§ 242, 138 BGB geprüft, ob eine Freizeichnungsklausel betreffend die Haftung für Vertragserfüllung den Mißbrauchstatbestand erfüllt ¹⁾. An Hand des § 242 BGB wird z.B. auch der Fall geprüft, daß Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Befugnis für Stromsperren eingeräumt wird ²⁾. Demgemäß findet sich z.B. für Konditionenkartelle ein an die überkommenen Kontrollnormen angelehnter Mißbrauchsbegriff. Nach Lukes ³⁾ wird ein Mißbrauch der im GWB erfolgten Freistellung der Konditionenkartelle vom Kartellverbot dann anzunehmen sein, wenn in den Konditionen die Interessen der Kartellmitglieder einseitig auf Kosten der Einzelvertragspartner verfolgt werden. Von Brunn ⁴⁾ erklärt die Inhaltskontrolle mit Hilfe eines Tatbestandes des BGB oder des HGB für die Feststellung eines Mißbrauchs von Konditionenkartellen sogar nur für beschränkt verwertbar, und zwar beschränkt im Sinne einer Herabsetzung der im BGB oder HGB aufgeführten Maßstäbe. Erweist sich damit der materielle Teil einer Inhaltskontrolle nach dem GWB als im wesentlichen mit den bereits vorhandenen Kontrollmöglichkeiten kongruent und damit unergiebig, so bietet sich die nach § 9 Abs. 2 GWB vorgesehene Anmeldung als möglicher Schwerpunkt an.

Gemäß § 2 Abs. 2 GWB ist bei der Anmeldung eines Konditionenkartells nachzuweisen, daß die in Frage kommenden Abnehmer oder Lieferanten in angemessener Weise gehört worden sind. Nach § 3 Abs. 2 GWB ist bei der Anmeldung von Rabattvereinbarungen nachzuweisen, daß die Wirtschaftsstufen gehört worden sind, für welche die Rabattregelung gelten soll. Deren Stellungnahme ist der Anmeldung beizufügen, andernfalls

1) BGH in WuW 1960, S. 49; (WuW E. BGH S. 325).

2) BGH in WuW 1958, S. 549; (WuW E. BGH S. 225).

3) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 464/465.

4) v. Brunn in Gemeinschaftskommentar GWB, § 2 Rch. 29;
v. Brunn, Verwaltungspraxis zu den Konditionenkartellen,
S. 17 ff.

hat die Aufsichtsbehörde zu widersprechen, § 3 Abs. 3 Nr. 1 GWB. Letzteres gilt, laut Beschluß des Bundeskartellamtes vom 26.4.1962 ("Spezialfrischhalteeeinschläge für Butter") ¹⁾, wegen gleicher Interessenlage und der übereinstimmenden Ausgestaltung des Anmeldeverfahrens für die Anmeldung sämtlicher Konditionen im Sinne von § 2 GWB. Art und Umfang der Anhörung sind nicht im Gesetz geregelt. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes ²⁾ entspricht es aber dem Sinn der Bestimmungen, die Anhörung möglichst umfassend durchzuführen, damit sowohl das Kartell als auch die Kartellbehörde die repräsentative Auffassung der von der Kartellregelung Betroffenen feststellen, prüfen und berücksichtigen können. Gem. § 12 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 3 GWB ist dem Bundeskartellamt zu diesem Zweck eine ausreichende Prüffrist von drei Monaten eingeräumt worden. Das Bundeskartellamt hat zur Durchführung des Anhörungsverfahrens in dem bereits erwähnten Beschluß vom 26.4.1962 ³⁾ ausführlich Stellung genommen, auf den in Hinblick auf die Diskussion ⁴⁾ um die sogenannten vereinbarten AGB eingegangen werden soll. Dem Beschluß des Bundeskartellamtes vom 26.4.1962 lag der Fall zugrunde, daß 22 Hersteller von Frischhalteeeinschlägen für Butter ein Konditions- und Rabattkartell gem. §§ 2, 3 GWB vereinbart hatten. Das Kartell wurde vereinbart und im Bundesanzeiger veröffentlicht. Nach den Umsatzzahlen der Bruttofolien wurden etwa 26 % des Gesamtabsatzes über die Zentralgenossenschaften, 4 % über den Handel und der überwiegende Teil von 70 % unmittelbar an die Hersteller vertrieben. Wegen unzureichender Anhörung des Handels hat das Bundeskartellamt der Anmeldung widersprochen.

Nach Ansicht des Bundeskartellamts schließt selbst eine geringe Beteiligung am Absatz grundsätzlich nicht die Not-

1) WuW 1962, S. 578.

2) WuW 1962, S. 578.

3) WuW 1962, S. 578.

4) Z.B. Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 465 und Fußnote 22.

wendigkeit einer Anhörung aus, da der Absatzanteil der Minderheit auch ins Verhältnis zum Anteil an der zugehörigen Handelsstufe zu setzen ist. Die Anhörung ist ferner so zu gestalten, daß die Betroffenen möglichst unmittelbar gehört werden. Bei Anhörung von Repräsentanten der beteiligten Abnehmer oder Lieferanten ist darauf zu achten, wieweit die Repräsentation der Vertreter reicht, was sich regelmäßig an deren Zielsetzung und Organisation der Repräsentationsorgane ablesen lassen wird. Die Anhörung von Zentralverbänden ersetzt nicht die Anhörung des Verbandes der Fachfirmen; ebenso ersetzt nicht Anhörung des Spitzenverbandes die Anhörung selbstständig existierender Landesverbände, wie die Anhörung einer Zentralgenossenschaft ebenfalls nicht die Anhörung ihrer möglicherweise direkt beziehenden Mitglieder ersetzt. Jede beteiligte Handelsstufe ist angemessen zu hören, auch die Stufe der Direktbezieher. Falls bei Direktbeziehern eine Repräsentation durch einen Verband nicht existiert, genügt es, "eine ausreichende Anzahl von direkt beziehenden Molkereien zur Stellungnahme aufzufordern". Der Anmelder kann sich nicht darauf berufen, daß ihm anzuhörende Unternehmer oder Verbände nicht bekannt gewesen seien. Der Anmelder hat sein Vorhaben den anzuhörenden Kreisen mitzuteilen und sie zur Stellungnahme aufzufordern. Diese Aufforderung hat am Anfang der dreimonatigen Widerspruchsfrist zu erfolgen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß sich aus den einschlägigen Normen des GWB weder unmittelbare Kontrollnormen ergeben, noch können von hier aus wesentliche Begrenzungskriterien gewonnen werden. Die zwar abstrakte und objektive Inhaltskontrolle durch die Kartellbehörde erfaßt nur einen Bruchteil der tagtäglich verwandten freien AGB, und auch diese werden nur mit den traditionellen Inhaltskontrollmitteln geprüft. Sanktionen gegen beanstandete AGB wirken sich nicht auf bereits abgeschlossene Folgeverträge aus. Befruchtend für das Problem der Inhaltskontrolle könnte indes die Art und Weise der Anhörung im Anmeldeverfahren eines Konditionenkartells sein, soweit sich daraus Gesichtspunkte zur Beurtei-

lung einer Selbstkontrolle der AGB durch die Unternehmerseite oder zur Beurteilung sogen. vereinbarter AGB herleiten lassen. Angesichts dieses Ergebnisses ist der Kritik von Dilcher ¹⁾ beizustimmen, daß die Käuferrolle im Wertsystem des wettbewerblichen Marktgeschehens als dem "neuen Zentrum der zivilrechtlichen Wertrelationen" weitgehend unberücksichtigt bleibt.

Eine sonstige allgemeine Inhaltskontrolle von AGB durch neutrale oder staatliche Institutionen im großen Rahmen durchzuführen, scheitert an den großen technischen und ökonomischen Schwierigkeiten ²⁾, auch wenn sie auf einzelnen Gebieten verwirklicht ist, wie z.B. in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen, § 5 Abs. 2 Ziff. 2 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Ziff. 2 Versicherungsaufsichtsgesetz vom 6.6.1931 in der Fassung vom 28.2.1955 (BGBI. I S. 85). Zutreffend ist die Feststellung von Nipperdey ³⁾, daß die erteilte Genehmigung staatlich kontrollierter AGB ihre privatrechtlichen Wirkungen nicht verstärken kann, d.h. auch solche AGB unterliegen einer Inhaltskontrolle nach den Vorschriften des Privatrechts.

Die aus der Monopolrechtsprechung des Reichsgerichts ⁴⁾ entwickelte Wertregel des § 138 BGB wurde auf sittenwidrige Erscheinungen im Geschäftsleben angewandt, die nach Zweck und Beweggrund ⁵⁾ ein sachlich nicht gerechtfertigtes und übermäßiges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

1) Dilcher, Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit in Verträgen, NJW 1960, S. 1040 ff. (1043).

2) Vgl. Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 464; Mroch, a.a.O., S. 28 ff.; Fischer, BB 1957, S. 487; a.A. Stein, Wirtschaftsaufsicht, S. 176 ff.

3) Enneccerus-Nipperdey (15. Aufl.), § 163 VI 5.

4) RGZ 39/117; 45/162; Zusammenstellung in RGZ 143/28.

5) Der Gr.Zivilsenat des RG in RGZ 150/2 ff. schloß aus § 138 Abs. 2 BGB auf das Erfordernis eines subjektiven Tatbestandsmerkmals der übermäßigen Ausnutzung, räumt aber zugleich die Möglichkeit eines Rückschlusses vom objektiven auf den subjektiven Tatbestand ein.

darstellen ¹⁾. Regelmäßig wurde dieser ursprüngliche Monopolbestand nur bei Ausnutzung einer, wenn auch nur örtlich beschränkten ²⁾, Monopolstellung angenommen. Doch später hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 138 BGB in Richtung der "tatsächlichen Monopolstellung" ³⁾ und der sittenwidrigen Ausnutzung wirtschaftlicher Übermacht ⁴⁾ immer weiter vorgetrieben ⁵⁾. So wurde z.B. vom Bundesgerichtshof ⁶⁾ der § 138 BGB auf Finanzierungsvereinbarungen und Knebelungsverträge angewendet, durch welche der Schuldner jeglicher Freiheit für eigene wirtschaftliche und kaufmännische Entscheidung unter sittlich zu mißbilligenden - ausschließlich eigennützigen - Beweggründen beraubt worden war ⁷⁾.

- 1) RGZ 20/111; 115/218; BGHZ 5/115; 22/90; BGH in LM Nr. 1 zu § 138 (Bb); BGH in NJW 1962, S. 1195/1196 (linke Sp. unter 2 a); neuerdings anscheinend vom BGH wieder zurückgestellt, vgl. BGH in MDR 1963, S. 110.
- 2) Vgl. RGZ 20/111; 115/218; BGH Urt. vom 13.3.1956 in WuW 1956, S. 793; (Haftungsfreizeichnung beim Schleppvertrag eines örtlich monopolisierten Schleppunternehmens).
- 3) RGZ 142/24; BGH Urt. vom 13.3.1956 in NJW 1956, S. 1065 ff.; Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen S. 21 ff. mit weit. Literatur- und Rechtsprechungshinweisen: "Eine tatsächliche Monopolstellung liegt vor, wenn in einem Bezirk ein Unternehmer innerhalb eines für den Verkehr unentbehrlichen Gewerbes auf Grund wirtschaftlicher Machtstellung in der Lage ist, dem Verkehr einseitig den Vertragsinhalt vorzuschreiben". Weitere Literatur und Rechtsprechung bei Senckpiehl, a.a.O., S. 66 und S. 70 ff.
- 4) BGH Urteil vom 9.11.1955 in BGHZ 19/12 ff.; vgl. auch Raiser, AGB, S. 302 ff.; Fischer in BB 1957, S. 481 ff.; 486; ausführlich und mit weiteren Nachweisen Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 465 ff.; LG Essen, Urt. vom 26.8.1963 - rechtskr. - BB 1963, S. 1315, Nr. 1986; Senckpiehl, a.a.O., S. 65 und S. 70 ff., nennt unter Betonung des Allgemeininteresses folgende Voraussetzungen: Monopolstellung eines unentbehrlichen Gewerbes und Ausbeutung.
- 5) Ebenso Ludwig Raiser, Institutionenschutz, S. 162/163 und Fußnote 43; Sandrock, AcP 159 S. 254 ff.
- 6) BGHZ 19/12 ff.
- 7) Soergel-Siebert-Hefermehl, § 138 BGB, Rdnr. 10 u. 64.

Die allgemein zurückhaltende Anwendung des § 138 BGB erklärt sich daraus, daß die Anwendung des § 138 BGB den Verletzer stets mit dem diskriminierenden Vorwurf der Sittenwidrigkeit belastet ¹⁾. In einer Urteilsbesprechung nimmt Fikentscher ²⁾ zum Vorwurf des Sittenverstoßes in einer auch für das Formulgargeschäft gültigen Form Stellung. Fikentscher stellt heraus, daß es bei § 138 BGB im Falle der Ausnutzung wirtschaftlicher Machtstellung nicht auf die moralische Verwerfbarkeit ankomme, sondern auf die wirtschaftliche Unangemessenheit im Vergleich zu Dritten. Fikentscher plädiert dafür, einen Sittenverstoß stets dann zu bejahen, wenn zwischen dem Einsatz der Marktmacht und der erzielten Vertragsbedingung ein innerer Zusammenhang in der Weise festgestellt werden kann, daß das wirtschaftliche Übergewicht der einen Seite zu vergleichsweise unüblichen Zugeständnissen der anderen Seite führt. Dieser Gesichtspunkt erscheint zwar geeignet, die Anwendung des § 138 BGB zu spezifizieren, schafft damit aber praktisch einen neuen Tatbestand.

Die strengen Voraussetzungen des § 138 BGB verhindern, daß dem § 138 BGB die Rolle eines allgemeinen objektiven Kontrollmittels zufällt. Zu Recht kritisiert Lukes ³⁾, daß mit Hilfe von § 138 BGB nur den eklatanten ⁴⁾ Verstößen ein-

-
- 1) Vgl. dazu Hubmann in ZHR Bd. 117, S. 41 ff., S. 75; v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen, S. 100 ff., 108; v. Brunn sieht in den §§ 157, 242 BGB ausreichende Handhaben, um in jedem Fall zu brauchbaren Ergebnissen zu gelangen, und lehnt die Anwendung des § 138 BGB wegen des "Makels" überhaupt ab.
 - 2) Fikentscher in WuW 1960, S. 52 ff.; BGH Urt. vom 9.6.1959 in WuW 1960, S. 49; a.A. Raiser, AGB, S. 280; § 138 BGB stellt es seinem ursprünglichen Sinn nach auf den unsittlichen Erfolg ab; Hildebrandt, 41. DJurT II S. E 6.
 - 3) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 267 und Fußnote 34; derselbe in NJW 1963, S. 1897; Brandner, AcP 162 S. 237 ff., 246/47.
 - 4) v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der Deutschen Wirtschaft, S. 100 ff., sieht in den §§ 157, 242 BGB ausreichende Handhaben, um in jedem Fall zu brauchbaren Ergebnissen zu gelangen, und lehnt die Anwendung des § 138 BGB wegen des "Makels" überhaupt ab.

seitiger und ungerechtfertigter Rechtlosstellung begegnet werden kann. Diese Kritik trifft besonders im Falle der Inhaltskontrolle von Vertragsabschlußklauseln zu. Angesichts der Bedürfnisse des modernen rechtsgeschäftlichen Verkehr bedarf die Inhaltskontrolle von Vertragsabschlußklauseln eine spezifizierte und sorgfältige Interessenermittlung und Interessenabwägung ¹⁾. Hierzu erscheint der relativ grobe und deswegen in seiner Anwendung notwendig eng gehaltene Maßstab der Sittenwidrigkeit nicht geeignet.

Als weitere generalklauselartige, gesetzliche Inhaltskontrollnorm wird in Erweiterung zur "Monopol"-Rechtsprechung das für den gesamten Bereich des rechtsgeschäftlichen Verkehrs geltende Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwandt ²⁾. Insbesondere werden damit zu weit reichende Haftungsfreizeichnungsklauseln und der zu weitgehende Ausschluß von Gewährschaftsrechten ³⁾ bekämpft; im übrigen hat diese Vorschrift

-
- 1) Werner Schubert, Deutsches Kaufrecht, § 6, S. 22.
- 2) RGZ 87/335; 96/266; 142/353; 168/321; BGH in NJW 1954, S. 1053; NJW 1956, S. 908; NJW 1957, S. 17; NJW 1959, S. 38; BGHZ 38, 183 ff.; OLG Celle, Urt. v. 29.1.1960 in BB 1960, S. 305 f.; AG Stuttgart in BB 1963, S. 1115; LG Berlin, NJW 1966, 1818 ff.; Staudinger-Weber, 11. Aufl., § 242, Anm. D 97; v. Godin, § 346 HGB, Anm. 17 d; Lukes, Inhaltskontrolle, S. 467/468; Fischer in BB 1957, S. 481, 485; Larenz, Schuldrecht I, 5. Aufl., S. 91 ff.; Schlegelberger, HGB, 3. Aufl., § 346, Anm. 32; Lehmann, Lehrbuch, § 3 VII; Zum Schutz der Privatautonomie im internationalen Vertragsrecht vgl. Reithmann, Internationales Vertragsrecht, 1963, S. 96 ff.; Brandner, AcP 162 S. 343 ff.; Schreiber NJW 1967, 1442.
- 3) AG Hamburg, Urt. v. 5.12.1963 in BB 1964, S. 99 Nr. 156; OLG Celle a.a.O. mit Anm. von Auer; zuletzt noch Art. des OLG Stuttgart v. 19.12.1962 in BB 1963, S. 1115; und BGH Urt. v. 24.1.1963 in NJW 1963, S. 1148; zu diesem Urt. des BGH ist zu bemerken, daß es bezüglich der Rechtsfolgen des § 242 BGB Fragen aufwerfen könnte, da der BGH einmal (S. 1148 r. Sp. unter b aa) von einer Unwirksamkeit der Lieferungsbedingungen spricht, etwas weiter dagegen (S. 1149 linke Sp. b bb) richtig von einem Leistungsverweigerungsrecht gegen mißbräuchliche Rechtsausübung. Vgl. auch BGH in NJW 1960, S. 667; insbes. Haftungsfreizeichnung für das Handeln leitender Angestellter; BGHZ 20, 164; BGH LM Nr. 4 zu § 276 (Db) BGB.

im Bereich der Inhaltsbegrenzung von AGB die Bedeutung eines "Allheilmittels", wie sie Raiser ¹⁾ bezeichnet. Indes kann § 242 BGB tatbestandsmäßig lediglich bei einem konkreten treuwidrigen Verhalten eingreifen, da eine Anwendung dieser Vorschrift konkrete Rechtsbeziehungen in der Erfüllung von Verbindlichkeiten zwischen dem treuwidrig Handelnden und seinem Vertragspartner voraussetzt ²⁾. Demnach kann § 242 BGB erst bei Vorliegen eines konkreten Schuldverhältnisses herangezogen werden, aus dessen Inhalt überhaupt erst die Vertragsverletzung festgestellt werden kann. Eine von dieser konkreten Bezogenheit losgelöste Inhaltskontrolle eröffnet § 242 BGB nicht. Bei Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben entsteht ein Leistungsverweigerungsrecht als Einwand unzulässiger Rechtsausübung ³⁾. Die Gerichtspraxis, an die ohnehin nur Fälle konkreter Inhaltskontrolle herangetragen werden, wendet die zuletzt genannten Kontrollnormen der §§ 138, 242 BGB - mitunter auch noch das "Kontrollmittel" der Auslegung - nebeneinander ohne Abgrenzung an ⁴⁾. An einer kritischen Betrachtung der Kontrollmittel selbst fehlt es zumeist ⁵⁾.

-
- 1) Raiser, Institutionenschutz, S. 162 und Fußnote 44.
 - 2) Vgl. Soergel-Siebert, (9. Aufl.), § 242 Anm. 2 ff., 26 ff.; Staudinger-Weber, Bd. II, Teil 1 b, Rdnr. A 5 ff., A 8 ff.
 - 3) Darauf wies besonders Lukes hin: Inhaltsbegrenzung, S. 467/468; kritisch und als Kontrollmittel im Ergebnis ablehnend, Gernhuber in Festschrift f. Schmidt-Rimpler 1957, S. 151 ff.; LG Göttingen, NJW 1956 S. 92 m. Anm. v. Brunn.
 - 4) RG in DR 1941, S. 1926; BGH in BB 1963, S. 453 Nr. 736.
 - 5) Larenz, Schuldrecht, Bd. I § 8 IV, S. 71 ff.; ders. in JZ 62, 105 ff.; Meyer-Ladewig, BB 1963, S. 1704. Brandner, AcP 162 (1963) S. 237 ff. hält die traditionellen Kontrollmittel der §§ 138, 242 BGB für ausreichend und fordert überhaupt, jede diskriminierende Beurteilung von AGB-Geschäften zu unterlassen und, wie bei anderen Rechtsgeschäften, auch hier nach der individuellen Betrachtungsweise zu verfahren, es sei denn, der Ausschluß der freien Verantwortlichkeit des Einzelvertragspartners kann im Einzelfall festgestellt werden.

Ferner wird zur Inhaltsbegrenzung insbesondere von der Rechtsprechung ¹⁾ die Auslegung anhand der §§ 133, 157 BGB ²⁾ herangezogen, und zwar losgelöst vom Einzelfall, orientiert an objektiv-teleologischen Maßstäben ³⁾. Die bevorzugte Anwendung der Auslegung ist daraus zu erklären, daß sich vornehmlich die Auslegung an den besonderen Geschäftscharakter und an die Eigenarten der jeweiligen AGB anzupassen vermag. Westermann ⁴⁾ erklärt dazu - wenn auch mit spezifischer Blickrichtung auf das öffentliche Recht - , die Verschiebung der Auslegungsmaßstäbe sei letztlich darin begründet, daß in dem jeweils als Sonderrechtsgebiet ausgeschiedenen oder als besonderer Teil gestalteten Rechtsgebiet ⁵⁾ art-eigene Rechtsvorstellungen systembildend gewirkt haben und in der Norm als allgemeine Gerechtigkeitsidee Form gefunden

- 1) RG in JW 1931, S. 1025; RGZ 120/18; 145/26; BGHZ 5/111; 7/365; 17/1 ff. (3); 22/93 (113); 24/39; BGH in MDR 1959, S. 120; BGH in Betrieb 1952, S. 1008; Raiser, AGB, S. 251 ff. mit Nachweisen; Larenz, Schuldrecht I, § 8 II; Kost, Zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 20 ff.; Isele in JUS 1961, S. 308 ff., 310 unter IV 2; Mroch, a.a.O., S. 16 ff. (18); Philipowski, Geschäftsverbindung, S. 70 ff.
- 2) Nach der Rechtsprechung werden die §§ 133, 157 BGB ohne Unterscheidung angewandt, was daraus zu erklären ist, daß die h.M. beim Verträge ein "kollektivistisches Element" der Verschmelzung und damit eine Sonderheit gegenüber der Auslegung von Willenserklärungen ablehnt. Auch nach dem consensus bleibt die Selbständigkeit der Willenserklärungen erhalten. Vgl. Jerusalem, Kritik der Rechtswissenschaft, S. 444 ff.
- 3) Zumal nach Bejahung der Revisibilität, BGHZ 1/8 (56); vgl. auch BGH in NJW 1952, S. 21; Fischer in ZHR Bd. (1963), S. 205 ff.; Brandner, AcP 162 S. 248.
- 4) Westermann, Die Anpassung der Auslegungsmethode an die Eigenart des auslegenden Willensaktes, in Festschrift für Karl Arnold, S. 281 ff. (283).
- 5) Dies leugnet praktisch Brandner, AcP 162, S. 243 ff., 255, wenn er weiterhin auf individueller Betrachtungsweise beharrt und die objektiven und subjektiven Einzelumstände schon immer dann vorziehen will, wenn Ausweichmöglichkeit auf andere Geschäftspartner und Einsichtsmöglichkeit in die Rechtslast und in die Situation nicht verneint werden können; vgl. Fußn. 5 S. 30.

haben. Da aber im Recht der AGB bislang keine die Gerechtigkeitsidee konkretisierenden Normen existieren, vermochte sich auch die Auslegung von AGB noch nicht hinreichend orientieren, vor allem zu spezifizieren: ¹⁾. Bedenken erweckt hier vor allem die Beobachtung, die Auslegung in Richtung auf Inhaltskorrektur anstatt auf Inhaltsermittlung ²⁾, d. h., Klarstellung des Parteiwillens ³⁾ auszudehnen.

Bei vorsichtiger und kritischer Anwendung der Auslegung im Rahmen einer Inhaltskontrolle von AGB verbleiben folgende Regeln: Unklare oder zweideutige AGB-Klauseln in einseitig aufgestellten AGB sind zu Lasten des Aufstellers bzw. des sie einführenden Vertragsteiles auszulegen, wobei es auf die Vorstellungen des Geschäftspartners nicht ankommen soll ⁴⁾, sogen. Unklarheitenregel ⁵⁾ = in dubio contra stipulatorem. In Würdigung des einseitigen Aufstellungsaktes ist nach der neuen Rechtsprechung ⁶⁾ eine der Eigenart des auszulegenden Willensaktes angepaßte Auslegungsmethode anzuwenden, d. h. z. B. eine streng restriktive Anwendung und ein streng restriktiver Bezug einer bestimmten AGB-Klausel auf den jeweilig

1) Vgl. Senckpiehl a.a.O., S. 58 ff.

2) Raiser, AGB, S. 269 ff.; Schmidt-Rimpler, a.a.O., S. 193 ff.; Fischer, a.a.O.; v. Godin, Großkommentar, § 347 AGB, Anm. 17 d, S. 64/65; Mroch, a.a.O., S. 61; vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1965, 762.

3) Enneccerus-Nipperdey, § 49 II, S. 300.

4) Kost, Zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen mit weiteren Nachweisen, S. 29 ff.; Droste, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Der Betrieb 1957, Beilage Nr. 10 unter VII; vgl. auch Clauss, JZ 60, 306 ff.

5) Ausführlich und kritisch zur Unklarheitenregel und zur Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung Fischer in ZHR Bd. (1963), S. 205 ff.; Clauss, a.a.O.; Schmidt-Salzer, VersR 1966, 910 ff.; vgl. dazu die Entscheidungen des BGH in BGHZ 22/97; BB 1960, S. 1364.

6) BGHZ 5/111 (115); 22, 96 ff.; BGH NJW 1960, S. 1661; BGH MDR 1960, 921; OLG Hamm, MDR 1960, 921; JMB1 NRW 1964, 111 f.; vgl. Westermann in Festschrift für Karl Arnold 1955, S. 281 ff.; Droste, a.a.O.; Raiser, a.a.O., S. 260 ff.; RGZ 120/18; 145/26; Fischer in BB 1957, S. 487; Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 464; ders. in JuS 1961, 111 f.; Mroch, a.a.O., S. 28 ff.; Clauss, NJW 1954, S. 905 ff.

betroffenen Regelungskomplex. Z. B. sind Haftungsbeschränkungen lediglich auf den nächstgemeinten Regelungssachverhalt zu beziehen. Eine weitere oder entsprechende Erstreckung auf andere Sachverhalte des gleichen Komplexes ist abzulehnen, es sei denn, die extensive Wirkung der AGB ist hinreichend klar gestellt worden.

Zusammenfassend hat der Bundesgerichtshof im Urt. vom 17.5.1960 ¹⁾ formuliert, daß die Auslegung eines unter Zugrundelegung von AGB geschlossenen Vertrages unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Unternehmers und des gesamten angesprochenen Kundenkreises so zu erfolgen habe, wie ein beliebiger vernünftiger und verständiger Kunde die Klausel verstehen dürfe, wobei die konkreten Verhältnisse der Prozeßparteien unbeachtet zu bleiben hätten. Der Sinn der jeweiligen Klausel sei nach dem Wortlaut, gemessen am allgemeinen Sprachgebrauch, und systematischer Einordnung der Klauseln, sowie in enger Auslegung der Freizeichnungsklauseln zu entscheiden. An dieser Arbeitsweise des Bundesgerichtshofs zeigt sich nochmals die gewandelte Bedeutung der Auslegung für typisierte Vertragsinhalte. Vor allem wird eine verobjektivierte Auslegungsmethode erstrebt. Eine solche Auslegung kann im Einzelfalle ein wirksamer Kontrollmaßstab sein und zu praktisch guten Ergebnissen führen. Allerdings kann dieses Kontrollmittel von einem aufmerksamen Aufsteller der AGB von vornherein entschärft werden ²⁾ und erweist sich dann als eine bloße Gelegenheitshilfe.

Eine Unterscheidung in einseitig aufgestellte AGB, in vereinbarte AGB und in Monopolbedingungen hat für eine konkrete Inhaltskontrolle im Rahmen der Auslegung kaum Bedeutung. Aus

1) MDR 1960, S. 921; vgl. auch BGH NJW 1959, S. 38; LG Tübingen, NJW 1964, 1798.

2) Beispielsweise durch die Aufstellungsregeln, die Haberkorn gibt, MDR 1961, S. 818 ff.

solchen Differenzierungen lassen sich allenfalls allgemeine Auslegungssusancen und allgemeine Richtlinien für die Auslegung ¹⁾ herleiten. Wie wenig aus dieser Differenzierung zu gewinnen ist, zeigt beispielsweise die Entwicklungsgeschichte der ADsp, die als "vereinbarte" AGB ^{seit} 1920 eine mehrfache Korrektur erfahren mußten, zuletzt noch in BGHZ 17/2 ff. Weder vereinbarte, noch Nichtmonopolbedingungen bieten also Anlaß für eine größere Richtigkeitsgewähr.

Neue Bewegung in die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung zum Problem der Inhaltsbegrenzung brachte Raiser mit einer im Jahre 1935 erschienenen, umfangreichen Untersuchung zum Recht der AGB auf der Basis der Privatautonomie ²⁾. Der gedankliche Ansatzpunkt läßt sich anschaulich an dem von Schmidt-Rimpler ³⁾ dargestellten Verhältnis zwischen Vertragsabschlußverfahren und inhaltskontrollierender Richtigkeitsgewähr aufzeigen. Schmidt-Rimpler wertet die beiderseitige Beteiligung am Vertragsabschlußverfahren als eine gleichberechtigt ausgeübte Vertragsbestimmung ⁴⁾. Da jedem Vertrags- teil auf diesem Wege eine Selbstbestimmung eingeräumt wird, ist automatisch eine Richtigkeitsgewähr für einen gerechten Vertragsinhalt gegeben. Schmidt-Rimpler geht in seinem Glauben an die Unverletzlichkeit der Privatautonomie noch über die Einstellung des frühen Liberalismus hinaus, wenn er vom Zusammenwirken zweier Egoismen in jedem Falle eine Harmonie

1) Vgl. Raiser, AGB, S. 42 f., S. 255 ff.

2) Ludwig Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, unveränd. Neuauflage 1961; auch Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff.

3) Schmidt-Rimpler, Grundfragen d. Erneuerung d. Vertragsrechts, in AcP Bd. 147, 1941, S. 130 ff.

4) Vgl. auch Fritz v. Hippel, Das Problem d. rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, S. 108 ff. Grundsätzlich geht auch Brandner, a.a.O., noch davon aus, daß diese Situation der freien Verantwortlichkeit auch des Einzelrechtsgeschäftspartners in vollem Umfang angetreten wird und normalerweise auch gewahrt werden kann.

und ein richtiges Ergebnis erwartet ¹⁾. Eine beiderseitige Selbstbestimmung kann nur unter der Voraussetzung eines nicht nur juristischen, sondern auch wirtschaftlichen Gleichgewichts der Kräfte am Markt vor "der Gefahr einer einseitigen Fremdbestimmung" ²⁾ geschützt werden. Gegenüber den von Natur aus starken Marktstellungen der Produzenten- und Verteilerpositionen hat das automatische Funktionieren der auf sich gestellten, privatautonomen Richtigkeitsgewähr gerade versagt und kontrollierende Eingriffe notwendig gemacht.

Raiser geht von der Situation einer solchermaßen eingeschränkten Vertragsfreiheit aus. Eine Eingriffskontrolle rechtfertigt Raiser beim Formulargeschäft aus dem Allgemeininteresse, was er aus der wirtschaftlichen Betroffenheit des breiten Publikums und der Verfügung über lebensnotwendige Güter oder Leistungen erklärt ³⁾. Um Wertungsgrundlagen für die Feststellung von Gemeinschaftswidrigkeiten zu gewinnen, greift Raiser auf die dispositiven Normen des Gesetzes zurück, "da die Qualität des dispositiven Rechts es auch zum Maßstab für die Grenze der Abweichungen erhebt" ⁴⁾. Die Bedeutung der dispositiven Normen, die "als gerechte Norm" für eine Streitfrage ohne weiteres eingesetzt werden kann, zeigte schon Rudolf Stammler ⁵⁾ auf, als das Problem der Inhaltskontrolle der AGB noch nicht akut war. Von Raiser wieder aufgegriffen, gewannen die dispositiven Normen für die Inhaltskontrolle bei einseitiger Interessenverfolgung mittels

-
- 1) So Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Festschrift "Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben", S. 101 ff. (118) unten; derselbe in JZ 1958, S. 1 ff. (3), mit weit. Hinweisen; vgl. auch Larenz, Schuldrecht I, § 8 IV.
 - 2) Flume, Juristentag-Festschrift, S. 135 ff. (143), ebenfalls ablehnend; vgl. auch Soergel-Siebert, Hefermehl, § 138 BGB, RdNr. 64; vgl. auch Reinhardt, Festschrift Schmidt-Rimpler, S. 115 ff. (126).
 - 3) Raiser, AGB, S. 277 ff., 282 ff., 293; Sandrock, a.a.O., S. 529.
 - 4) Raiser, AGB, S. 293; vgl. auch Brandner, AcP 162 S. 244.
 - 5) Rudolf Stammler, Das Recht d. Schuldverhältnisse, 1897, § 12, S. 47 ff.

vorformulierter Einzelrechtsgeschäfte besondere Bedeutung, um einen gerechten Interessenausgleich zu finden ¹⁾. Dies schloß ein, bei berechtigten Rationalisierungsinteressen nicht schon jedes Abweichen vom dispositiven Gesetzesrecht durch die AGB für unzulässig zu erachten ²⁾.

Die Ansicht, die Inhaltsbegrenzung durch einen Vergleich mit der dispositiven Gesetzesregelung vorzunehmen, setzte sich immer stärker durch. Der Grund dafür liege, so wird argumentiert ³⁾, in der nach Wertungen ausgewogenen Ordnungsfunktion der dispositiven Normen. Hiervon geht auch der BGH aus, wenn er in einer einschlägigen Entscheidung ⁴⁾ über die Abwälzung der Beweislast durch AGB ausspricht: "Soweit Vorschriften des dispositiven Rechts ihre Entstehung nicht nur Zweckmäßigkeits-erwägungen, sondern einem aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerechtigkeitsgebot verdanken, müssen bei einer abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen Gründe vorliegen, die für die von ihnen zu regelnden Fälle das dem dispositiven Recht zugrunde liegende Gerechtigkeits-

1) Haupt, ZAKDR 1943, S. 84 ff.; Fischer BB 1957, S. 481 ff.; NJW 1954, S. 133; JZ 1958, S. 14; Krause, BB 1955, S. 256, 268; Larenz, I, § 8; Flume, Juristentag-Festschrift I, S. 167 ff.; Laufke in Festschrift für Heinrich Lehmann I, S. 145 ff., S. 172 ff., schlägt die unmittelbare Anwendung verfassungsrechtlicher Normen vor, z.B. Art. 2 I, Art. 3 GG. Diese Ansicht wird jedoch nur vereinzelt vertreten, dazu ablehnend Flume, a.a.O., S. 135 ff. (138); vgl. auch BGHZ 37/94 ff. (98); Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 481 ff.; v. Caemmerer, JZ 1955, S. 97 ff. (99); Mroch, a.a.O., S. 46 ff.

2) Raiser, Vertragsfreiheit heute, in JZ 1958, S. 1 ff. (7).

3) Lukes, a.a.O.; Serrick, Vortrag; Nipperdey in DRZ 1950, S. 193 ff. (197/98); Nastelski, DRiZ 1955, S. 212 ff. (214); Flume, Festschrift Juristentag S. 134 ff. (168), Fußnote 98; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 49 III, S. 301 f. und § 163 V, VI, S. 1010 ff.; Larenz, Schuldrecht I, § 8 III; Mroch, a.a.O., S. 46/47; Schlegelberger-Vogels-Becker, Kommentar z. BGB, I, Vorbem. III Rdnr. 24 vor § 145; Brandt, DRW 1940, S. 76 ff., sieht sogar in den dispositiven Rechts-sätzen eine unmittelbare Schranke und Verbotsgesetze i.S. v. § 134 BGB; Simitis, a.a.O., S. 29.

4) BGH Urt. v. 17.2.1964 - II ZR 98/62 - in BB 1964, S. 411 Nr. 635.

gebot in Frage stellen und eine abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen. Der Gerechtigkeitsgehalt der vom Gesetzgeber aufgestellten Dispositionsnormen kann verschieden groß sein. Je stärker er ist, ein desto strengerer Maßstab muß an die Vereinbarkeit von Abweichungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Grundsatz von Treu und Glauben angelegt werden". Man formulierte den Rechtsgrundsatz, daß der Dispositivcharakter eines Rechtsatzes nicht einer beliebigen Parteidisposition Raum geben solle und daß die vorgenommene Parteidisposition von nun an nicht etwa jeder Rechtsüberprüfbarkeit entzogen ist. Das dispositive Gesetzesrecht ist nicht lediglich "Lückenbüßer", sondern "die gerechte Norm der Durchschnittsfälle" ¹⁾. Die privatautonome Dispositionsbefugnis der Parteien, die formulärmäßige Verträge schließen, bedeute nicht den Verzicht der Rechtsordnung auf die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Regelung.

Dem Einwand ²⁾, daß der individualisierenden Parteiabrede und den besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung getragen werden müsse, ist beim typisierten Massengeschäft dadurch Rechnung zu tragen, daß in der Vielzahl der Fälle auf typisierte Interessenlagen und typische Einzelumstände abgestellt werden darf. Dabei wird stets besonderer Wert auf eine sorgfältige Interessenabwägung zu legen sein, die nach Stärke, in Sachlichkeit und normativer Berücksichtigung vorzunehmen ist ³⁾. Pappenheim ⁴⁾ argumentiert darüber hinaus, daß ein allgemeines Interesse der Rechtsordnung daran bestehe, daß

1) Larenz, Schuldrecht a.a.O.

2) Brandner, AcP 162 S. 260 ff.

3) Fritz v. Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, S. 74 ff., S. 75 Fußnote 1.

4) Pappenheim, Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Vertragsrechts, S. 291 ff.

das Verhältnis des Gesetzes zu der es ausschaltenden Vereinbarung aus dem Verhältnis der Regel zur Ausnahme nicht ins Gegenteil verkehrt wird. Mit dieser Überlegung behauptet Pappenheim sogar einen generellen Vorrang der gesetzlichen Interessenregelung gegenüber der Massenwirkung des AGB-Geschäfts. Zu Recht weist hier Flume auf die Gefahr hin, daß bei strikter Anwendung dieser Art der Inhaltsbegrenzung die Privatautonomie für den Bereich der Dispositionsnormen aufgegeben würde. Richtig ist also zu formulieren: "Die Dispositivnormen sind deswegen nicht Ersatz schlechthin, sondern Bewertungsgrundlage und Ausgangspunkt für das Negativ-Urteil der Unbilligkeit" ¹⁾.

Eine Anleitung für die praktische Durchführung einer Inhaltskontrolle unter Zuhilfenahme der dispositiven Normen gibt Lukes ²⁾: Zur Ermittlung der durch die AGB gegebenen Rechtslage ist die Verteilung der beiderseitigen Rechte und Pflichten dadurch festzustellen, daß diese insgesamt ³⁾ der

-
- 1) Flume, a.a.O.; so die neuere Rechtsprechung des BGH, vgl. NJW 1954, S. 874; zustimmend zu dieser Gesamtheitsbetrachtung: v. Godin, HGB-Kommentar, § 346, 17 d, S. 58.
 - 2) Lukes, Inhaltskontrolle, S. 481/482. Das Betrachtungsbild von Lukes setzt bei der abstrakten Inhaltskontrolle an, und zwar stellt sich bei Lukes die ungerechtfertigte Lastenverteilung durch die AGB als Überschreitung der eigenen Privatautonomiebefugnisse dar in Form eines Übergriffes auf fremdautonome Regelungsbereiche und Regelungsbefugnisse. Der Tatbestand der Überschreitung der Privatautonomiebefugnisse ist auf Grund der Vorweggestaltung potentieller Einzelrechtsgeschäfte regelmäßig mit dem Aufstellungsakt gegeben, so daß der Aufstellungsakt als einseitiges Rechtsgeschäft zu interpretieren ist, womit gleichzeitig eine abstrakte Inhaltskontrolle eröffnet wird. Im einzelnen vgl. Lukes, Inhaltskontrolle, S. 481 ff.; derselbe in JuS 1961, S. 308 ff., 311 (unter V).
 - 3) Auf eine insgesamt durchzuführende Betrachtung und Würdigung des Gesamtkomplexes der zu prüfenden AGB legte schon das Reichsgericht Wert, RGZ 128/251; WarnRG 1934, S. 187; ebenso auch die neueste Rechtsprechung des BGH, vgl. NJW 1954, S. 874; zustimmend zu dieser Gesamtheitsbetrachtung v. Godin, HGB-Kommentar, § 346, 17 d, S. 58.

dispositiven Verteilung gegenüberzustellen sind. Jede einschneidende und einseitig auf Kosten der späteren Einzelvertragspartner vorgenommene, AGB-mäßige Interessenverfolgung ist unzulässig, wenn sie auf eine ungerechtfertigte Rechtlosstellung des Einzelvertragspartners hinausläuft. Dabei wird darauf abzustellen sein, was in Kreisen der betreffenden Einzelrechtsgeschäftspartner bei dieser Art von Rechtsgeschäften bei objektiver, vernünftiger Würdigung der beiderseitigen Interessenlage als Rechtsgeschäftsinhalt akzeptiert werden kann ¹⁾.

Eine andere Kontrollmöglichkeit zeigte Larenz auf. Larenz ²⁾ versuchte, über § 315 BGB eine spezifische Inhaltskontrolle von AGB zu erreichen: Konstitutive Inhaltsbestimmung unbilliger AGB durch Gestaltungsurteile ³⁾. Der Weg über § 315 BGB ist zunächst als wichtiger dogmatischer Ansatzpunkt für die Inhaltskontrolle begrüßt worden ⁴⁾ und ist auch vom BGH ⁵⁾ in die Reihe der zur Verfügung stehenden Inhaltskontrollmittel aufgenommen worden.

- 1) Lukes, Inhaltskontrolle, S. 480. Die von Lukes vorgeschlagene Methode zur Inhaltskontrolle ist von seiner gleichzeitig vorgeschlagenen Rechtsfolgentheorie unabhängig und kann deswegen auch in Verbindung mit der von der Rechtspraxis verwandten konkreten und einzelkorrigierenden Sanktion herangezogen werden. Zu letzterem vgl. BGHZ 20/164; 33/216.
- 2) Larenz, Schuldrecht I, § 8 IV, S. 89 ff., S. 91 und ähnlich schon in den Voraufgaben; Flume, a.a.O. S. 167 ff.
- 3) Zum Problem der Gestaltungsentscheidung auf eine Leistungsklage wie auch allgemein zu § 315 BGB als Inhaltskontrollmittel, Rudolf Lukes, § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963, S. 1897 ff., zugleich eine Urteilsbesprechung des BGH, Urt. v. 29.10.1962 - II ZR 31/61 = BGHZ 38/183 = LM Nr. 5 zu § 276 (Db) BGB mit Anmerkung von Liesecke; krit. v. Brunn, AcP 159 S. 550.
- 4) Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Juristentag-Festschrift, S. 167 ff.; Auer, a.a.O. in BB 1963, S. 1115 f. Nr. 1731; Lukes, a.a.O., NJW 1963, S. 1897 ff.; Ennecerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil II § 163 VI 4.
- 5) BGH Urt. v. 29.10.1962 = BGHZ 38/183.

Die Heranziehung dieser Bestimmung erklärt sich aus ihrem spezifischen Schutzgedanken, daß bei einseitiger Leistungsbestimmung die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist ¹⁾. Im einzelnen geht jedoch die Auslegungsregel ²⁾ des § 315 BGB von den Voraussetzungen aus, daß eine vertraglich vorbehaltene Leistungs- bzw. Leistungsmodalitätenbestimmung ³⁾ nach Vertragsabschluß einseitig durch eine Vertragspartei zu treffen ist. Wie Lukes ⁴⁾ gezeigt hat, sind bei Übertragung dieser Voraussetzungen auf den aufstellungskautalen Befund eine Reihe von Problemen zu bewältigen. Neben der rechtlichen Sanktion sind drei Punkte zu erörtern, ehe dieses Kontrollmittel abschließend qualifiziert werden kann.

Im Unterschied zum Tatbestand des § 315 BGB werden die AGB als Teil der einseitigen Leistungsbestimmung bereits vor Vertragsabschluß aufgestellt, bzw. für die Einführung in die Einzelverträge festgesetzt. Zwangsläufig ergibt sich daraus der weitere Unterschied, daß die mit Vertragsabschluß in das Einzelrechtsgeschäft aufgenommenen AGB im Wege der vertraglichen Einigung, nicht aber, wie nach dem Tatbestand des § 315 BGB, auf Grund einseitiger Bestimmung durch einen Vertragsteil Geltung erlangen. Schließlich ist für die AGB eine einseitige Leistungsbestimmung nicht vertraglich vorbehalten oder vereinbart, sondern angemaßt. Der durch die AGB festgelegte Vertragsinhalt stellt sich mithin nicht als bestimmungsbedürftiges Leistungsobjekt dar, bei dem eine vorbehaltene Ermessensentscheidung i.S. § 315 BGB eingreifen könnte. Daraus folgt, daß eine Anwendung des § 315 BGB als Inhaltskontrollmittel in Wahrheit schon beim Aufstellungsakt anzusetzen wäre, da sich nur hier ein vergleichbarer Tatbestand anbietet. Da sich jedoch nach der herrschenden Auffassung die

1) Lukes, a.a.O., NJW 1963, S. 1897 ff.

2) RGRK-BGB, § 315, Anm. 2.

3) Vgl. hierzu mit Nachweisen Lukes, a.a.O., NJW 1963, S. 1898 und Fußnote 17.

4) Lukes, a.a.O.

AGB jedem Zugriff vor dem Eingehen in das Einzelrechtsge-
schäft entziehen, bleibt nur die Möglichkeit einer analogen
Anwendung des § 315 BGB. Indem der einseitige Aufstellungs-
vorgang in die Abschlusssituation projiziert wird, ergibt sich
ein nach Normzweck und Interessenlage vergleichbarer Ansatz-
punkt. Der analogiefähige Schluß wird, wie Lukes aufzeigt ¹⁾,
dann besonders deutlich, wenn man die Vorschrift des § 315
BGB im Rahmen der privatautonomen Gestaltungsbefugnisse
sieht ²⁾. Der Normalfall der Privatautonomie ist die eigene
Ausübung der eigenen Gestaltungsbefugnis im eigenen Rechts-
bereich. Wird die Gestaltungsbefugnis gem. § 315 BGB einem
anderen Rechtssubjekt übertragen, dann wird der Rechtsge-
schäftsinhalt von diesem in - teilweiser - Ausübung fremder
Privatautonomiebefugnisse bestimmt. Zwar werden bei AGB-Ver-
trägen nicht übertragene, sondern angemessene fremde Privat-
autonomiebefugnisse ausgeübt; dennoch trifft hierauf der
Grundgedanke des § 315 BGB zu, einer willkürlichen Einfluß-
nahme auf fremde, privatautonome Gestaltungsbereiche Schran-
ken zu setzen. Demgemäß erscheint eine entsprechende Anwen-
dung des § 315 BGB auf die einseitig aufgestellten, formular-
mäßigen Vertragsinhalte gerechtfertigt. Für die Frage nach
der rechtlichen Sanktion ergibt sich eine konstruktiv saubere
Lösung darin, daß im Wege einer richterlichen Gestaltungsent-
scheidung ³⁾ der unbillige Teil der AGB durch richterliche In-
haltsbestimmung ersetzt wird ⁴⁾. Für die Qualifikation als
wirksames Inhaltskontrollmittel ist jedoch insbesondere auf
die Brauchbarkeit der zur Verfügung gestellten Kriterien zur
Inhaltsbegrenzung zu achten.

-
- 1) Lukes, a.a.O., NJW 1963, S. 1897 ff. (1899) mit weit.
Nachweisen.
 - 2) Zustimmend Larenz, Schuldrecht I, § 8 IV, S. 91 und Fuß-
note 4.
 - 3) Statt vieler: RGRK-BGB (11. Aufl.), § 315, Anm. 4.
 - 4) Vgl. dazu Lukes, a.a.O., NJW 1963, S. 1901, 1. Sp. und
Fußnoten 36, 37, 38; ebenso Flume, Rechtsgeschäft und Pri-
vatautonomie, in Juristentag-Festschrift, S. 170; Larenz,
Schuldrecht I, § 8 I a, S. 81.

Nach dem Wortlaut von § 315 Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 BGB ist Begrenzungskriterium das billige Ermessen. Aus der Gegenüberstellung der beiden Rechtssätze in § 315 Abs. 1 und § 315 Abs. 3 S. 2 1. Halbsatz BGB ergibt sich, daß das Begrenzungskriterium des billigen Ermessens nur für den Fall der Leistungsbestimmung durch die begünstigte Vertragspartei in Frage kommt, nicht aber für die richterliche Gestaltung. Eine gleiche Regelung findet sich in § 319 Abs. 1 BGB. Diese Unterscheidung des Gesetzgebers läßt sich dahin interpretieren, daß unter billigem Ermessen im Sinne der §§ 315 und 319 BGB nur das subjektive Parteiermessen der Bestimmungsberechtigten zu verstehen ist; denn der vertraglich eingeräumte Vorbehalt der parteilichen Leistungsbestimmung gibt dem Parteiinteresse des Bestimmungsberechtigten trotz des Gebotes der Billigkeit - d.i. Rücksichtnahme - den Vorrang, soweit sich die Leistungsbestimmung in den Grenzen der Billigkeit hält. Diese Interpretation des Bewertungskriteriums "billiges Ermessen" als Parteiermessen verbietet folgerichtig dessen Übertragung auf die richterliche Vertragsgestaltung. Der Richter darf also nicht nach billigem Ermessen im Sinne von § 315 BGB entscheiden. Konsequenterweise fordert deswegen Neumann-Duesberg ¹⁾, daß die richterliche Nachprüfbarkeit nicht an Stelle des Parteiermessens treten darf. Vielmehr hat der Richter lediglich das Parteiermessen auf Einhaltung des Ermessensrahmens und auf Ermessensfehler nachzuprüfen, und zwar nach dem Kriterium der Billigkeit ²⁾.

Auf Grund dieser Überlegungen ist die Frage nach der Bedeutung des § 315 BGB als materielles Inhaltskontrollmittel für die Inhaltsbegrenzung von AGB darin zu beantworten, daß durch § 315 BGB keinerlei wesentliche neue materielle Bewer-

1) Neumann-Duesberg, Ermessensentscheidungen nach § 315 BGB, in JZ 1952, S. 704 ff.; a.A. Soergel-Siebert, Schmidt, § 315, Rdnr. 11, der der richterlichen Bestimmung einen Ermessensspielraum zubilligt.

2) Vgl. RGZ 90/27 ff. (30); 99/105 ff.

tungskriterien gewonnen sind. Nach wie vor hat der Richter nach der Billigkeit zu entscheiden, ist also auf die überkommenen, bereits genannten Inhaltskontrollmaßstäbe angewiesen ¹⁾. Ebenso wie im Falle des § 242 BGB ist die Billigkeitskontrolle auf den Einzelfall beschränkt ²⁾. Trotz dieses Ergebnisses ist auch die positive Auswertung zu würdigen: Über § 315 BGB ist es gelungen, eines der spezifischen Merkmale der AGB, nämlich den einseitigen Gestaltungsakt, normativ zu begreifen und die richterliche Inhaltsgestaltung zu rechtfertigen. Im Ergebnis ist Lukes ³⁾ beizustimmen, daß "mit der Herausarbeitung dieses Ansatzpunktes für die Inhaltskontrolle der AGB zwar ein wichtiger Schritt getan ist, aber doch nicht mehr als ein Ausgangspunkt geschaffen ist".

Die Brauchbarkeit sämtlicher genannter Inhaltskontrollmöglichkeiten erweist sich daran, ob sie geeignet sind, unlautere AGB wirksam zu bekämpfen. In der Rechtswissenschaft ⁴⁾ werden zwei Voraussetzungen für eine wirksame Inhaltskontrolle genannt: eine *a b s t r a k t e*, vom Medium des Einzelrechtsgeschäfts unabhängig durchzuführende Inhaltskontrolle unter Anwendung *o b j e k t i v e r* bzw. verobjektivierter ⁵⁾ Inhaltskontrollmittel (Bewertungskriterien), d.h. losgelöst von den jeweiligen Einzelumständen des Einzelfalles; beispielsweise gewährt § 138 BGB eine objektive Inhaltskontrolle, nicht aber § 242 BGB ⁶⁾.

1) Zu diesem Ergebnis gelangt auch diejenige Meinung, die auch der richterlichen Bestimmung einen Ermessensspielraum zubilligt, vgl. Soergel-Siebert-Schmidt, § 315, Rdnr. 5, 6; Achilles-Greifff, § 315 BGB, Anm. 1.

2) Konkrete Inhaltskontrolle.

3) Lukes, a.a.O., NJW 1963, S. 1900.

4) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 473 ff.; Serrick, Vortrag.

5) Abwägung der Interessen der Personengruppen, die normalerweise an den von den jeweiligen AGB geregelten Rechtsgeschäften beteiligt sind, BGHZ 22/90 ff.; Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 481 ff.; Raiser in DJurT II, S. E 29.

6) Vgl. Lukes, JuS 1961, 307; Link, WM 1965, 33 f.

Die Frage der abstrakten Inhaltskontrolle ist akut geworden, weil die Rechtsfolge aus § 139 BGB bestimmt, daß auch bei einem nur teilweise beanstandeten Rechtsgeschäft, d.h. bei einzelnen ¹⁾ unzulässigen AGB-Klauseln, das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, da regelmäßig anzunehmen ist, daß der Unternehmer ausschließlich nach seinen AGB abschließen will. Diese Rechtsfolge wird aber als unzulässige Sanktion empfunden, da sie geeignet ist, sich stärker gegen den betroffenen Einzelrechtsgeschäftspartner zu richten als gegen den rechtsverstoßenden Unternehmer. Die Rechtsprechung und auch teilweise die Rechtslehre ²⁾ erhält mit verschiedenen, im Ergebnis auf eine Anwendung des § 242 BGB hinausgehenden Begründungen entgegen § 139 BGB das Rechtsgeschäft aufrecht, um dem Einzelvertragspartner letztlich nicht wieder die Früchte einer durchgeführten Inhaltskontrolle entziehen zu müssen. Nur eine abstrakte, vom Abschluß eines Einzelrechtsgeschäftes losgelöste Kontrolle scheint einen durchgreifenden, präventiven Schutz vor Verwendung unzulässiger AGB zu gewährleisten. Der Weg zu einer solchen abstrakten und objektiven Inhaltskontrolle wird indes durch keine der genannten Kontroll-

-
- 1) Formulärmäßige allgemeine Geschäftsbedingungen sind im allgemeinen als rechtsverbindlich anzuerkennen, so lange sie nicht restlos oder überwiegend als sittlich verwerflich anzusehen sind. OLG Celle (Leitsatz) in NJW 1963 S. 351; ebenso OLG Stuttgart in NJW 1963 S. 1206 m. Anm. Johannes; Fischer in BB 1957 S. 484; Lukes in JuS 1961 S. 306; Sandrock in AcP 159 S. 504 u. 524 ff.: Der hypothetische Parteiwille des § 139 BGB trifft dort nicht mehr zu, wo die Norm selbst eine Entscheidung über den Fortbestand des Rechtsgeschäfts fällt.
 - 2) Die Rechtsprechung und h.M. wendet zum Schutz des Einzelvertragspartners ein zweites Mal § 242 BGB an: BGHZ 22/90 ff.; 164; Soergel-Siebert, Hefermehl, § 138, Nr. 64, S. 495; Palandt-Danckelmann, 24. Aufl., § 139 Anm. 2 a.E.; Isele in JuS 1961, S. 311 ff.; Claus in NJW 1953, S. 6 ff.; Raiser, AGB, S. 153; ders. in NJW 1956, S. 304; Droste, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in Betrieb 1957, Beilage 10 zu Heft 22 (unter III); weit. Literatur u. Rechtsprechung Nachweis bei Mroch, a.a.O., S. 24, Fußnote 103; vgl. auch Krause, der von Konsensproblemen ausgeht, in BB 1952, S. 998 ff. Zu dieser Entwicklung kritisch: Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 473/74; Meyer-Ladewig, Typische Dar-

normen erreicht, da und soweit sie im Wege richterlicher Inhaltskontrolle angewandt werden. Allenfalls eine von Grund auf reformierte Selbstkontrolle oder eine freiwillige Inhaltskontrolle der vereinbarten AGB könnten entsprechende abstrakte Kontrollwirkungen entfalten. Lukes ¹⁾ bietet einen Lösungsweg an, der zu einer abstrakten Inhaltskontrolle führen würde: Für Lukes ist die Einsicht bestimmend, daß der Aufsteller von AGB mit seinem absoluten Geltungsanspruch für seinen AGB-Komplex gegenüber seinen künftigen Abschlußpartnern bereits mit dem Akt der Aufstellung in deren privatautonome Regelungsbefugnis eingreift und ihren Rechtsgestaltungskreis potentiell von vornherein beschneidet. Bisher folgerte die Rechtswissenschaft aus dieser Erkenntnis lediglich eine besonders hohe Verantwortlichkeit für den Aufsteller von AGB ²⁾. Nun bringt Lukes diese Überlegung in Verbindung mit einem erweiterten Rechtsgeschäftsbegriff und betrachtet die AGB vor ihrem Eingehen in den Einzelvertrag bereits als einseitiges Rechtsgeschäft. Er erreicht damit, daß die AGB bereits im frühen Stadium des Aufstellungsaktes einer vom Medium des Einzelrechtsgeschäfts losgelösten rechtlichen Inhaltskontrolle zugänglich sind. Gegen diesen Rechtsgeschäftsbegriff, wie ihn Lukes verstehen will, sind - jedenfalls nach dem heutigen Erkenntnisstand - dogmatische Bedenken anzubrin-

lehnsbedingungen der Teilzahlungsbanken und ihre Rechtswirksamkeit, BB 1963 Nr. 316, S. 170 ff., S. 172 a.E.; Johannes, Urt. Bespr. OLG Stuttgart v. 19.12.62, NJW 62 S. 1206; grundsätzlich zur gesamten Problematik: Naendrup, Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

- 1) Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 473 ff. Krit. Sandrock, S. 528 f.
- 2) v. Brunn, Formalmäßige Vertragsbedingungen, S. 7, aber ohne aus dieser Feststellung Folgerungen zu ziehen; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 165 ff.; Raiser, AGB, S. 260 ff.

gen¹⁾. Die Rechtsprechung kontrolliert über § 242 BGB, bzw. neuerdings im Wege eines Gestaltungsurteils entsprechend § 315 BGB. Somit kann eine abstrakt durchgeführte Inhaltskontrolle allein nach Maßgabe der jeweils vorliegenden AGB derzeit nicht angewandt werden.

Der zweite Gesichtspunkt zur Würdigung der genannten Kontrollmittel erschließt sich durch eine Differenzierung in verobjektivierte und konkrete Inhaltskontrollmittel. Dabei ist unter konkreter Inhaltskontrolle eine von den Umständen des Einzelfalles abhängige Inhaltskontrolle zu verstehen, die auch nur für den Einzelfall Geltung beanspruchen kann und in den praktischen Erfolgen zur Bekämpfung unzulässiger AGB nur für den Einzelfall unmittelbare Rechtsfolgen äußert²⁾. Hier liegen beispielsweise die Schranken einer Inhaltskontrolle über § 242 BGB³⁾. Verobjektivierte Inhaltskontrollmittel dagegen ermöglichen eine dem Massencharakter und der Rationalisierungsfunktion der AGB entsprechende Inhaltskontrolle für typische, vom individuellen, konkreten Einzelrechtsvertrag losgelöste AGB-Inhalte und erscheinen für eine abstrahierte Inhaltsbewertung besonders praktikabel⁴⁾. Keineswegs verhindert die Feststellung objektiver Inhaltsschranken die rechtzeitige Berücksichtigung typischer Interessenlagen oder kon-

1) Dieser Lösungsweg ist nach den strengen Voraussetzungen des klassischen Rechtsgeschäftsbegriffs - Rechtsfolgewille und Sanktion durch die Rechtsordnung - nicht möglich, da das Moment der Rechtserheblichkeit, das sich nach der Grundfolgentheorie zwar auf die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgswillens ausweiten läßt, auf die Bezugnahme bestimmter Personalverhältnisse bisher nicht verzichten kann, vgl. Fritz v. Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, S. 47 ff.; Johannes a.a.O.; Sandrock a.a.O.

2) Vgl. Nastelski, Zulässigkeit und Wirkung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in DRiZ 1955, S. 212 ff., S. 214.

3) Vgl. Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 468; vgl. Raiser, S. 282 ff.

4) Ebenso Fischer in Anm. zum Urt. des BGH v. 29.10.1956 in LM, Allgem. Geschäftsbedingung Nr. 1; a.A. Brandner, AcP 162, 237.

kreter Einzelumstände; deswegen auch die Einschränkung "verobjektivierte Inhaltskontrollmittel". Zu den verobjektivierten Inhaltskontrollmitteln ist § 138 BGB zu zählen sowie alle spezifischen, gesetzlich normierten Inhaltskontrollnormen. Ferner fällt darunter die typisierte Auslegung und die Inhaltskontrolle an Hand der dispositiven Gesetzesnormen ¹⁾. Will man unter dieser Gruppe der Kontrollnormen noch weiter die Frage der praktischen Brauchbarkeit eines Inhaltskontrollmittels verfolgen, so ist die Inhaltskontrolle mit Hilfe der dispositiven Normen und mit Hilfe der typisierten Auslegung den generalklauselartigen ²⁾ Inhaltskontrollen nach dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und des spezifizierten Gerechtigkeitsausgleichs gem. § 242 BGB vorzuziehen; denn innerhalb der objektiven Kontrollmittel nimmt die Auslegung ohnehin nur eine Hilfsstellung ein. Aber auch die dispositiven Normen erweisen sich bei genauerer Prüfung nicht ohne weiteres als in jedem Falle brauchbar. Entweder sind in vielen Fällen die dispositiven Tatbestände im einzelnen wiederum blankettartig auf eine nähere Parteibestimmung angewiesen, z.B. im Vertragsbeschlußtatbestand die Bestimmung von Vertragsantrag und Vertragsannahme, anders gewendet: entweder

1) Dazu statt vieler Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl., I 1 § 163 VI 4 S. 1011/1012; Raiser, AGB, S. 252 ff.

2) In der rechtsvergleichenden Studie von Eike von Hippel, "Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht" werden bei Würdigung der richterlichen Inhaltskontrolle und den in Frage kommenden Lösungswegen interessante Parallelerscheinungen aufgezeigt. Der Verfasser geht insbesondere auf die Consideration-Lehre ein, kritisiert aber im Ergebnis dieses Inhaltskontrollmittel ebenfalls wegen seines generalklauselartigen Charakters. Dieser habe es verhindert, zu befriedigenden Lösungen und zu einer einheitlichen Rechtsprechung zu gelangen. Vgl. auch die Kritik von Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln (1933), S. 7 ff. und S. 55: "Aber es ist undenkbar, das gewaltige Heer der Vertragsabreden mittels einer oder mehrerer Generalklauseln totzuschlagen. Ich bin geneigt, die Grenze funktionell dahin zu bestimmen, daß die Generalklausel nur zur Abwehr der ihrem Geist widersprechenden Vertragselemente berufen ist, nicht aber umgekehrt zum Angriff in das Gebiet der Vertragsfreiheit übergehen darf."

ist die vorhandene dispositive Regelung so weit einer Partei-disposition geöffnet, daß sich ihr - jedenfalls unmittelbar - feste Wertungsmaßstäbe nicht entnehmen lassen, oder es fehlt überhaupt an einer gesetzlichen Regelung wie etwa über die Klausel "Freibleibend".

II. Methode zur Gewinnung umfassender Bewertungskriterien

Die Einsicht, daß die vorhandenen Kontrollmittel jeweils für sich genommen unzureichend, vor allem sehr lückenhaft sind, veranlaßt, die vorhandenen Kontrollmittel zu ergänzen. Zu diesem Zwecke sollen die Bewertungsunterlagen für die Feststellung objektiver Inhaltsschranken über den Bereich der ausdrücklichen dispositiven Normen hinaus auf eine objektive, teleologisch-systematische Interpretation des jeweiligen normativen Gerechtigkeitsgebotes ausgedehnt werden. Ähnlich schlägt auch Lukes ¹⁾ eine Ausfüllung der in den Dispositivnormen enthaltenen Lücken durch Einbeziehung spezifischer gesetzlicher Wertungsurteile und Rechtsgrundsätze vor. Nipperdey ²⁾ will, um die "faire Regelung" zu finden, auf verfassungsrechtliche Grundregeln zurückgreifen, um von hier aus zwingende dogmatische Kernfolgerungen aus wägender Gerechtigkeit herzuleiten. Indes wird die diesem Vorschlag zugrunde liegende Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte allgemein abgelehnt ³⁾.

Der Weg einer Inhaltskontrolle mit Hilfe der dispositiven Normen ist mit einer systematischen Interpretation nach Maß-

-
- 1) Helm, JuS 1965, 126 ff.; Lukes, Inhaltsbegrenzung, S. 474 ff.; Kartellvertrag, S. 334 Fußnote 70; vgl. Larenz, JZ 62, 105 ff.
 - 2) Enneccérus-Nipperdey, Allg. Teil, § 49 III, S. 301 ff. mit weiteren Hinweisen in Fußnote 13 und § 163 V; vgl. auch Krause, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, BB 1955 S. 265 ff., Nr. 497.
 - 3) Dazu eingehend mit Hinweisen Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff.; vgl. dazu Dilcher, NJW 1960 S. 1040 ff. (1042); BVerfGE 7, 198 ff.; 204, 205.

gabe der sachlogischen Strukturen ¹⁾ und mit einer sorgfältigen Ermittlung und Abwägung der Interessenlage zu verbinden, womit der methodischen Anregung von Lukes gefolgt wird. Unter Berücksichtigung der Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofs ²⁾ soll versucht werden, die logisch-systematischen Sinnzusammenhänge ³⁾ der jeweiligen gesetzlichen Regelung, vor allem der jeweiligen institutionellen Wertentscheidungen des Gesetzgebers, festzustellen ⁴⁾.

Mit Hilfe einer zwischen Rechtsinstitut und seinen unabdingbaren rechtstechnischen Wesenserfordernissen einerseits und der rechtstechnischen Variationsbreite diesbezüglicher, ungefährlicher Parteidispositionen andererseits differenzierenden Betrachtungsweise sollen erweiterte und vertiefte Bewertungsunterlagen aufgesucht werden, so daß für jede typi-

- 1) Vgl. Klug, Juristische Logik, § 16, S. 144; vgl. Kronstein, Rechtsauslegung im wertverbundenen Recht, insbesondere die Thesen, S. 26. Kronstein will allerdings eine regelrechte Hierarchie der Werte durch systematische Auslegung von Rechtsätzen und Rechtsinstitutionen gewinnen.
- 2) Vgl. Reinicke, Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1952, 1033; vgl. Urt. des BVerfG v. 21.5. 1952 in BVerfGE 1/299 ff. (Leitsatz 2, S. 312); vgl. auch v. Mangoldt, Probleme der Auslegung des Individualvertrages, NJW 1962, S. 1597 ff.; Brandner, AcP 162 S. 238 m. weit. Lit.- u. Rspr.-Nachweisen.
- 3) Die extreme Auffassung von Simitis (Faktische Vertragsverhältnisse, S. 52 ff.) über die mangelnde Aussagekraft der Gesetze "als Erstarrungsprodukte des dialektischen gesellschaftlich-wirtschaftlichen Entwicklungsprozesses" kann nur sehr bedingt insoweit geteilt werden, daß damit nicht die Geltungskraft der gesetzlichen Wertentscheidungen in Frage gestellt werden, sondern ein Nachholbedarf an juristischer Erfassung postuliert wird. Vgl. auch BGH NJW 1960 S. 1661; dazu auch Veith, Betrieb 1964 S. 907 f., der praktische Konsequenzen zieht und Hilfestellung für die Aufstellung von AGB gibt. Vgl. auch v. Brunn, 41. DJurT Bd. II S. E 35, 38, 39: Fragenklärung mit Hilfe der dogmatischen Hilfsmittel. Esser, Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung, S. 22 ff., S. 39 (unten).
- 4) Vgl. BGHZ 41, 151 ff.

sche AGB-Regelung ein geschlossenes und ablesbares Vergleichsmodell zur Verfügung steht ¹⁾. Denn Rechtstechnik ist nicht nur "Organisation des gesetzgeberischen Gedankens, nicht nur Mitteilung des gesetzgeberischen Gedankens" ²⁾, sondern Rechtstechnik ist auch institutionsverwirklichende und ggfs. institutionsgebundene Technik insoweit, als sie notwendiger Durchgangspunkt auf dem Wege der logischen Rechtsverwirklichung des Gesetzeswillens zur geschlossenen Gesetzesverwirklichung ist. Sie entspricht dem Gesetzeswillen umso genauer, je wirklichkeitsgebundener ihre Regelung gehalten ist ³⁾. Ob es sich im einzelnen um institutionsbewahrende und institutionserhaltende Techniken handelt oder um akzidentelle ⁴⁾ und ersetzbare ⁵⁾ - dann aber gleichzeitig die Feststellung, wie weit ersetzbar? - Ausgestaltungen, hängt in erster Linie vom Wesensgehalt des betreffenden Rechtsinstituts ab, bzw. des gesetzgeberischen Grundgedankens; für diesen ist zu fragen, ob die gesetzlichen Bestimmungen im Hinblick auf die allgemeinen Grundsätze unserer Privatrechtsordnung wie Privatautonomie, Rechtssicherheit, gerechte Lastenverteilung eine so enge Akzessorietät zur Ver-

-
- 1) Diese die dispositiven Gesetzesregelungen ergänzende Methode ist vergleichbar der Methode der sog. "ergänzenden Gesetzesauslegung", die ebenfalls aus dem "gedanklichen Zusammenhang" des Ganzen als "einem objektiv verstehbaren Sinngebilde", losgelöst von subjektiven Empfängerkriterien, ihr geschlossenes Ordnungsbild herleitet. Larenz, Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, Festschr. Nikisch, S. 281 ff.; Raiser, Institutionenschutz, S. 163 f.; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S. 12 ff.; vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 8 II, S. 84/85; vgl. Urt. des BGH v. 17. 5. 1960, NJW 1960, S. 166 ff.; Hans J. Wolff: an Gesetzestypen orientierte objektive Bewertung der auf dem Spiele stehenden Interessen, a.a.O., S. 202.
 - 2) Keller, Rechtstechnik und Rechtsethik, S. 215 f.
 - 3) Keller, a.a.O., S. 212 ff. und S. 307. Zur qualitativen Bewertungsmethode vgl. auch Mestmäcker, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964 S. 441 ff., 443 (These); Esser, Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung, S. 39.
 - 4) Dazu Simitis, a.a.O., S. 58 ff.; Esser, Grundsatz, S. 324.
 - 5) Vgl. Simitis, a.a.O.

wirklichung eben dieser Grundsätze in dieser Ausgestaltung aufweisen, daß ihre Geltung deren Wahrung überhaupt zur Bedingung hat. In zweiter Linie ließe sich prüfen: inwieweit kann festgestellt werden, daß die konkrete rechtstechnische Organisation von einem heutigen Gesetzgeber für die moderne Geschäftspraxis auch anders hätte ausfallen können? Unter welchen Umständen und Voraussetzungen müssen gewisse Abweichungen billigenwert oder tragbar erscheinen.

Das Bestreben, eine normativ-objektive und vorurteilsfreie Methode zur Gewinnung spezifischer, d.h. tatbestandsnaher Inhaltsschranken aufzufinden, führt demnach zu folgender Arbeitsweise: Gewinnung von Bewertungskriterien an Hand einer normativen Tatbestandsanalyse auf institutionell-teleologischem Verständnishorizont, geprüft und ausgerichtet an einer rationalrealistischen Funktionsanalyse des betreffenden Regelungskomplexes; Anwendung aller gewonnenen Bewertungskriterien auf den Kontrolltatbestand nach vorangegangener, sorgfältiger Durchleuchtung der Klauselwirkung unter Berücksichtigung sämtlicher berührter Interessen ¹⁾.

§ 4 Der weitere Gang der Arbeit

Unter Berücksichtigung all dessen wird bei der Einzelbewertung der hier anstehenden Vertragsabschlußklauseln wie folgt zu verfahren sein: Die gesetzliche Vertragsabschlußregelung ist in besonderem Maße ein "offener Typus" und ist nicht "streng definiert" ²⁾, so daß es hier darauf ankommen muß, über eine allgemeine Strukturanalyse des Vertragsabschlusses ein möglichst geschlossenes Vergleichsmodell ge-

1) Vgl. Ludwig Raiser, Institutionenschutz, S. 162 ff.; S. 164/4 mit Nachweisen; v. Brunn, Über unlautere Geschäftsbedingungen und zugleich Lit.Bespr. Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, AcP 159, S. 547 ff., 551; vgl. Roth-Stielow, Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, S. 83 ff., 87.

2) Larenz, Methodenlehre S. 343.

setzunglicher Wertentscheidungen zu gewinnen. Diese allgemeine Aufschlüsselung des Vertragsabschlußtatbestandes hat gleichzeitig die Aufgabe, neue, zumeist wirtschaftlich beeinflusste Abschlußformen einwandfrei zu bestimmen und in die Systematik des Vertragsabschlußtatbestandes einzuordnen. Es folgt also zunächst eine allgemeine Untersuchung des Vertragsabschlußtatbestandes. Die Einzeluntersuchungen beginnen jeweils mit einer quantitativen und qualitativen Erfassung des gruppemäßig zusammengezogenen AGB-Materials; die vielfältigen Erscheinungsformen der einzelnen AGB-Klauseln werden erörtert. Die erste Einzelbewertung prüft die Klausel "Freibleibend" im Vertragsangebot. Der nächste Bewertungskomplex hat die Dauer der Gebundenheit des Antragenden zum Gegenstand, also die sogen. Gebundenheitsklauseln. Ihm folgt schließlich in einem dritten Untersuchungskreis die Inhaltskontrolle über die Bedeutung der Haftungsausschlußklauseln für Vertreterhandeln. In einem letzten Abschnitt werden Schriftlichkeitsklauseln geprüft und ihre Bedeutung für mündlich getroffene Abreden bei Vertragsabschluß. Bei den Untersuchungen zu den einzelnen Vertragsabschlußklauseln soll versucht werden, in einer jeweils getrennt durchzuführenden Feststellung der Bewertungsunterlagen die Ergebnisse der vorangehenden Analyse des Vertragsabschlußtatbestandes fruchtbar zu machen. Im Verlauf der Bewertung werden insbesondere die einzelnen Klauseln auf weiterreichende versteckte Einflüsse und Geltungsansprüche durchleuchtet werden, z.B. ob sich nicht hinter einer Schriftlichkeitsklausel eine Klausel über die Ausdehnung der Gebundenheit des Antragstellers oder eine sonstige Haftungsausschlußklausel versteckt. Besonderes Gewicht wird darauf zu legen sein, die beteiligten Einzelinteressen herauszuarbeiten und modernen Geschäftssusancen und Wandlungen des Formulgengeschäfts Raum zu geben. Die Bewertung wirtschaftlicher Interessen wird in den Grenzen der vorgegebenen gesetzlichen Wertentscheidungen zu treffen sein, wie oben dargelegt.

Unter diesem Programm soll weitmöglichst allen Gefahren einer "Aufhaltung des natürlichen Entwicklungsprozesses",

einer Verwischung der Tatbestandsmerkmale, einer "Korrektur vom Gesetzgeber angeblich vernachlässigter Interessen" ¹⁾ aus dem Wege gegangen werden. Bewußt wird die Offenlegung, Gegenüberstellung und Abwägung der Einzelinteressen so vorgenommen, daß einem Aufsteller von AGB hierdurch Einblick in die berührten Interessen und die nach der Rechtsordnung schutzwerten Interessen gegeben werden kann.

Auch wenn sich im Verlauf der Durchführung der einzelnen Inhaltskontrollen ergeben sollte, daß es sich bei einzelnen Klauseln lediglich um Assimilierungserscheinungen im Bereich der zulässigen Variationsbreite der Dispositionsfreiheit handelt, soll auf eine weitere Durchleuchtung des wirtschaftlichen Marktgeschehens und auf eine Abwägung der schutzwerten Interessen nicht verzichtet werden, damit auf diese Weise auch schon für künftige Entwicklungen Bewertungsgesichtspunkte dargelegt sind.

2. Abschnitt: Bewertungskriterien aus der Strukturanalyse des obligatorischen Vertrages

§ 5 Begriff und Wesen des obligatorischen Vertrages und der Vertragsabschlußtatbestand

Auf den obligatorischen Vertrag, genauer Schuldbegründungsvertrag ²⁾, finden die §§ 145 ff. BGB Anwendung. Das BGB gibt weder hier noch an anderer Stelle eine Definition des Vertragsbegriffs. Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB ³⁾ hat auf Antrag den § 77 des Ent-

1) Vgl. Urt. BVerfG v. 24.1.1962, BStBl 1962, I, S. 506.

2) Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß, § 2 ff.; ferner auch zu den wesentlichen Auseinandersetzungen über Erklärungsprinzip, Willensprinzip, Vertrauensprinzip.

3) Entwurf Bd. 1, Allg. Teil, S. 74.

wurfs ¹⁾ ersatzlos gestrichen, da sich die begrifflichen Merkmale hinreichend aus den weiteren Vorschriften entnehmen ließen. Gemeint sind damit vor allem die §§ 154, 155, 305 BGB. Daraus ergibt sich: Neben im Einzelfall wechselnden objektiven Tatbestandsmerkmalen ²⁾ setzt der obligatorische Vertrag im wesentlichen eine durch übereinstimmende private Willenserklärungen erzielte Willenseinigung zweier oder mehrerer Vertragsbeteiligter über die Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolges voraus, soweit die beabsichtigten Rechtsfolgen von der Rechtsordnung bereits ohnehin als Typus vorgesehen sind oder soweit sie nicht beanstandet werden ³⁾. Wesentliche Bauelemente zur rechtstechnischen ⁴⁾ Bewältigung und Verwirklichung des Vertragsabschlußverfahrens sind die einzelnen Vertragsfreiheiten: Abschlußfreiheit einschließlich freier Wahl des Kontrahenten, Gestaltungs- oder Typenfreiheit und die freie Wahl der Abschlußform ⁵⁾.

-
- 1) § 77 des Entwurfs lautet: "Zur Schließung eines Vertrages wird erfordert, daß die Vertragsschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären."
 - 2) Staudinger-Coing, Vorbem. vor § 145; Tröger, Einigung und Vertrag, S. 3 ff., unterscheidet begrifflich zwischen Vertragsvoraussetzungen und Vertragsbestandteilen; Böhle-Stammschräder-Groeppe, Vorbem. 1 vor §§ 145; RGRK, § 155, Anm. 4 (Abs. 2, S. 529); vgl. auch § 80 a.E. des Entwurfs zum BGB von 1888. Trotz der starken Abweichungen im Einzelfall können diese Tatbestandsmerkmale bei Bestimmung des Vertragsbegriffs als konstanter Faktor zunächst ausgeklammert werden; bei den einzelnen Vertragsabschlußklauseln werden sie näher zu prüfen sein.
 - 3) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 145 II; Lehmann, Allg. Teil, § 24 I; RGZ 68/322; 122/139; 125/211; Staudinger-Brändl, Bem. 1 vor § 145; v. Tuhr, Allg. Teil, II, 2 (1914), S. 143 ff.; Planck-Flad, Vorbem. III zu Abschn. I 1; Flume, Festschrift Juristentag, S. 135 ff., S. 147, 155 ff.; Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, a.a.O., S. 101 ff. und S. 106 Fußn. 17; Jerusalem, Kritik der Rechtswissenschaft, S. 422 ff.; v. Savigny, System des heutigen Röm. Rechts, Bd. III, §§ 140, 141.
 - 4) Erman-Hefermehl, Kom.z.BGB, I, 3. Aufl., Vorbem. II 1 vor § 145: Die Bedeutung des Vertragsbegriffs liegt im Rechtstechnischen.
 - 5) Erman-Hefermehl, a.a.O.; Enneccerus-Nipperdey, § 163 V, Fußn. 8; Dilcher, Typenfreiheit, NJW 1960, S. 1040 ff. mit weiteren Literaturnachweisen; Larenz, Schuldrecht I, § 5.

Sinn und Zweck der Vertragsfreiheiten und vor allem ihre Begrenzungsinhalte sind nicht ohne weiteres an heutigen Sozialerscheinungen und rechtsstaatlichen Überlegungen zu interpretieren. Die Vertragsfreiheiten sind Ausfluß eines umfassenden liberalen Herrschaftssystems sozialer Gleichheit, Selbstverantwortlichkeit und Selbständigkeit ¹⁾. Die freie Entfaltung aller wirtschaftlichen Kräfte forderte einen mobilen und fungiblen Rechts- und Wirtschaftsverkehr und insbesondere, da der obligatorische Vertrag das maßgebliche Grundgeschäft zum Abschluß entgeltlicher privatwirtschaftlicher Veräußerungsverträge ist ²⁾, ein elastisches Vertragsrecht voller Freiheiten ³⁾. Das System eines ungehemmten Wirtschaftsverkehrs schuf im wesentlichen, d.h. bis auf die unumgänglichen Einschränkungen der §§ 138, 119, 123 BGB, ein elastisches Vertragsabschlußverfahren ohne Verwirklichung differenzierter, sozialer Vorbehalte. Ist aber der obligatorische Vertrag ein auf den Vertragsfreiheiten basierendes rechtliches Ordnungsinstrument im selbstverantwortlich disponiblen Herrschaftsbereich der Rechtsgenossen ⁴⁾, so ist damit vom Gesetzgeber eine Grundentscheidung zugunsten einer umfassenden Freiheit im Vertragsabschlußverfahren gesetzt worden. Wertungskriterien für eine Inhaltskontrolle von Vertragsabschlußklauseln lassen sich demnach nicht in diesen materialen, institutionellen Aussageinhalten suchen. Die vorwiegend rechtstechnische Behandlung des Vertragsabschlusses im Gesetz ⁵⁾ fordert eine Inhaltsbewertung, welche die einzelnen Ordnungselemente der rechtstechnischen Organisation des Ver-

1) Simitis, a.a.O., S. 90 ff.; Großmann-Doerth, a.a.O., S. 10/11.

2) Gustav Boehmer, Einführung, § 25 II.

3) Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff., 2 r.Sp.; ders., Vertragsfunktion u. Vertragsfreiheit, a.a.O., S. 101 ff.

4) Raiser, Vertragsfunktion u. Vertragsfreiheit, a.a.O., S. 105 ff.

5) Vgl. Bötticher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht (1964), S. 14 ff.

tragsabschlusses zum Maßstab nimmt. Hinsichtlich der Vertragserklärungen, ihres Bindungswillens und der Zusammenführung der Vertragserklärungen - Vertragseinigung - sind nach den einschlägigen Normen erkennbar mehrere und verschiedene Prämissen aufgestellt, die als Wertungsmaßstab für eine Inhaltskontrolle von Vertragsabschlußklauseln brauchbar erscheinen. Die Willenseinigung der Vertragsparteien wird durch Antrag - Offerte, Proposition ¹⁾ - und Annahme herbeigeführt. Beide sind empfangsbedürftige Willenserklärungen und müssen so geartet sein, daß jede für sich den Vertrag zum Abschluß bringen will (fester Bindungswille oder fester Vertragsabschlußwille) ²⁾. Der begrifflichen Unterscheidung der Vertragserklärungen in Antrag und Annahme liegen keine Verschiedenheiten in ihrem Rechtscharakter zugrunde; sie ergibt sich vielmehr allein aus der zeitlichen Reihenfolge der Abgabe der Erklärungen ³⁾. Dies folgt u.a. aus § 150 BGB, wonach eine ursprünglich als Annahme abgegebene Vertragserklärung vollkommen die rechtliche Funktion eines Antrags übernehmen kann ⁴⁾. Der Antrag ist also die zeitlich frühere Vertragserklärung, die Annahme ist die auf diese Vertragserklärung

-
- 1) Begrifflich wird im folgenden nur noch die Bezeichnung Antrag für ein verbindlich gewolltes Angebot verwendet, so auch die Gesetzessprache in den §§ 145 ff. BGB; so schon eindeutig ALR I 5 §§ 83 ff., und so auch schon in den §§ 80 - 89 des Entw. der Kommission für die erste Lesung; zugleich soll damit bewußt gegen das Angebot im marktwirtschaftlichen und kalkulatorischen Sinn abgegrenzt werden gegen den Begriff des Angebots beim Gläubigerverzug in den §§ 293 f. BGB; vgl. auch Brobowski, Liefervertrag, S. 1, 14 ff.
 - 2) Vgl. § 77 des Entwurfs zum BGB der Kommission der 1. Lesung; vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, § 161, S. 986; Crome, System I, § 89 I, S. 396; Reiffenrath, Jur. Diss., S. 4; Staudinger-Coing, § 145, Rdnr. 2.
 - 3) Böhle-Stamschräder-Groepper, Vorbem. 1 vor §§ 145 ff. BGB; Herm. Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, S. 61; Enneccerus-Nipperdey, § 161.
 - 4) Staudinger-Coing, Vorbem. 3 b vor § 145 BGB.

folgende und zeitlich spätere Vertragserklärung. Der Vertrag kommt mit beiderseitiger Willenseinigung zustande, d.h. mit Zugang oder Vorliegen der Annahmeerklärung. Folglich stellt die Annahme ein Gestaltungsrecht dar, weil und soweit ihr allein im Rahmen des Tatbestandes der Willenseinigung eine Abschlußwirkung zufällt. Das dem Annehmenden zufallende Gestaltungsrecht, die angetragene Rechtsbeziehung nunmehr durch einseitiges Rechtsgeschäft zu begründen ¹⁾, folgt ausschließlich aus der Zeitfolge und berührt nicht das Wesen der Annahme als Vertragserklärung. Deswegen ist Seckel ²⁾ darin beizustimmen, daß das Mittel des Gestaltungsrechts die einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist, die sich auf die zu gestaltende Rechtsbeziehung richtet und deren Genuß in der rechtsgeschäftlichen Ausübung besteht, so daß "Genuß und ausübende Verfügung hier zusammenfallen" ³⁾. Im übrigen tragen die beiden Vertragserklärungen grundsätzlich den gleichen Rechtscharakter, vor allem müssen beide den festen Vertragsabschlußwillen aufweisen. Erklärungen, vornehmlich in dem Antrag, auf den sich die Annahme beziehen kann, sind die für das Rechtsgeschäft begriffsnotwendigen Rechtsfolgen und die wesentlichen Vertragsinhalte mit hinreichender Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit aufzunehmen ⁴⁾. Dies unterscheidet einmal die Vertragserklärung vom nicht rechtsverbindlichen Angebot (invitatio ad offerendum), und dies ist ferner ein Merkmal

1) Grundlegend hierzu Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Festgabe für Richard Koch (1903), S. 203 ff. (S. 210); Seckel hat die Gestaltungsrechte "entdeckt", benannt und klassifiziert; vgl. auch Palandt-Danckelmann, § 145 BGB, Anm. 3; RGZ 132/6; a.A. Böttcher, a.a.O., S. 13.

2) A.a.O., S. 211, 215.

3) Seckel, a.a.O., S. 215.

4) RGZ 66/121; vgl. Pfister, Jur. Diss., 1963, S. 86 mit weiteren Nachweisen.

für das Vorliegen eines festen Vertragsabschlußwillens ¹⁾; denn das BGB geht vom vollständigen und überlegten Vertragsantrag aus und schließt bei offensichtlichen Anzeichen eines perfekten Angebots auf einen festen Bindungswillen des Erklärenden, daß nämlich das Zustandekommen des Vertrages nunmehr allein von der Zustimmung des Adressaten abhängen sollte, es sei denn, der Urheber habe sich ausdrücklich etwas anderes vorbehalten ²⁾. Der Vertragsabschluß ist die rechtsgeschäftlich vollzogene Einigung durch Vertragsantrag und Vertragsannahme und ist jeweils am objektiven Erklärungswert der Vertragserklärungen zu messen ³⁾. In der Grundkonzeption ist die Einigung als dynamischer Prozeß ⁴⁾ der Zusammenführung entgegengesetzt korrespondierender Interessen zu kennzeichnen. Soweit sich der Vertragsabschluß unter Anwesenden vollzieht, ergeben sich aus dem Erfordernis des festen Vertragsabschlußwillens keine Schwierigkeiten. Dies ändert sich beim Vertragsabschluß unter Abwesenden, welcher der Typus des formularmäßigen Vertragsabschlusses ist ⁵⁾. Die Schwierigkeiten ergeben sich aus § 145 BGB ⁶⁾, wonach der Antragende an seinen Vertragsantrag gebunden ist, zugleich aber wird dem Antragenden ein Bindungsausschluß eröffnet. Diese scheinbar widersprüchliche Gesetzesregelung verleitet zu einer wesent-

1) Tröger, Vertrag und Einigung, S. 6 ff.; Erman-Hefermehl, § 145, Anm. 3; Böhle-Stamschräder-Groepper, Vorbem. 1 vor § 145 und § 145, Anm. 5; Manigk, Privatautonomie, S. 57; Dahm, Deutsches Recht, § 59 II, S. 460; Staudinger-Coing, § 145, Rdnr. 2.

2) Leonhard, Das Recht d. Bürgerlichen Gesetzbuches, Allg. Teil, § 72 III a) a.E., S. 287 unter Berufung auf die Motive.

3) RGRK-BGB, § 145, Anm. 4 (Abs. 2, S. 529).

4) Dies wird vor allem von Müllereisert, Vertragslehre, §§ 3, 4, S. 20 ff., betont.

5) Sowohl beim formularmäßigen Bestellscheinverfahren wie beim formosen Auftrag und der formularmäßigen (unechten) Auftragsbestätigung. Die Übergabe des Bestellscheins an den in aller Regel ohne Abschlußvollmacht handelnden Handelsvertreter ist Erklärung unter Anwesenden.

6) Dazu rechtsvergleichend Pfister, Jur. Diss., S. 36 ff.

lich gleichen Behandlung von Bindung im Sinne von festem Vertragsabschlußwillen und von Bindungen im Sinne von zeitlicher Gebundenheit des Antragenden. Praktisch äußerte sich diese Unklarheit in einer nicht immer widerspruchsfreien Rechtsprechung zur Klausel "Freibleibend" ¹⁾. Das Verhältnis zwischen der einer Vertragserklärung immanenten Bindung und der zeitlichen Gebundenheit des Antragenden, vor allem auch im Hinblick auf das Maß der abbedungenen Bindungsdauer des Antragenden, ist im folgenden zu klären.

§ 6 Funktionalzusammenhänge der einzelnen Bindungsfaktoren

Im Römischen Recht konnte unter der Herrschaft der individualistischen Willenstheorie der Antragende seinen Willen ohne Rücksicht auf Verkehr, Rechtssicherheit und bona fides bis zum Zustandekommen des Vertrages, d.h. bis zum letzten Zeitpunkt des Zugangs der Annahmeerklärung ändern ²⁾. Im Gemeinen Recht galt nach dem AB (I 5 §§ 90 ff.) eine ähnliche Regelung eines freien Widerrufsrechtes ³⁾. Die Probleme eines Auseinanderfallens von Antragsbindung und zeitlicher Gebundenheit konnten nach den seinerzeit geltenden Grundsätzen kaum akut werden.

Im Entwurf der Kommission für die erste Lesung des BGB erstreckte sich die Regelung dieser Fragen über die §§ 79 - 81. In den Motiven ⁴⁾ wurde dazu erörtert, ob die Gebundenheit des Antragenden zum Wesen seiner Vertragserklärung gehöre. Dies wurde verneint; auch ohne eine Gebundenheit könne eine rechtswirksame Vertragserklärung vorliegen ⁵⁾. Die Ge-

1) Reiffenrath, Jur. Diss., S. 6 ff.

2) Vgl. Dulckeit, a.a.O., S. 153 ff. (155).

3) Windscheid, Pandekten, II § 307.

4) S. 164/165.

5) Das veranlaßte auch das RG im Urt. v. 19.5.1911, JW 1911, S. 643 (unten), zu der verfänglichen Feststellung, daß das Wesen des Vertragsantrages nicht in der Bindung des Antragenden an den Antrag bis zu dem in den §§ 146 ff. bestimmten Zeitpunkte bestehe.

bundenheit sei einmal, so wurde argumentiert, ein Bedürfnis des Verkehrs zugunsten des Antragsempfängers; sie entspräche aber auch regelmäßig dem vernünftigen Willen dessen, der ein vertragsreifes Angebot macht; denn ein Vertragsantrag erfülle eigentlich nur seinen Zweck, wenn er so beschaffen sei, daß er die Annahme herbeiführen könne. Der Kommission für die zweite Lesung ¹⁾ lagen hierzu drei Änderungsvorschläge vor. Antrag 1 und 3 verdeutlichen die Problemstellung. Der erste Antrag beinhaltete: "Enthält ein Vertragsantrag die wesentlichen Punkte des Vertrages, so ist der Antragende an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat". Der dritte Antrag - Antrag 3 a Abs. III - lautete: "Ein Vertragsantrag liegt nicht vor, wenn derjenige, welcher den anderen zur Schließung eines Vertrages auffordert, sich seine Entschließung vorbehält, bis ihm die Erklärung des anderen zugekommen ist".

Die Kommission lehnte den letzten Antrag ab und entschied sich für die erste Regelung. Sie begründete, daß die Gebundenheit des Antragenden nicht Voraussetzung für die Gültigkeit seines Vertragsantrages sei.

Aus den Materialien zum Vertragsabschluß ergibt sich also: Die Herbeiführung der vertraglichen Einigung verlangt von beiden Vertragserklärungen, daß ihnen über eine Verstehens- und Willenseinigung hinaus ²⁾ als vertragsbegründenden Akten geltungskonstituierende Kraft ³⁾ zukommt, der Handlungswert der "performative utterance" ⁴⁾, der hier auch mit "fester

1) Prot. S. 75 - 77.

2) Müllereisert, Vertragslehre, § 5, S. 28 ff. Nach seiner stark dynamisch gestalteten Vertragslehre hat die Verstehens- und Willenseinigung nur vorbereitenden Charakter für die Versprechenseinigung, da jene nur der Erklärung und Verständlichmachung des Angebotes dient, vgl. auch Rabel, Warenkauf, § 10, 2, S. 70.

3) Larenz, Methode der Auslegung, S. 68 ff. (75).

4) Demetrios Bailas, Zur Lehre von der Willensübereinstimmung, S. 5 ff. (7/8, 18); Richard Oemler, Jur. Diss., S. 11 ff.; Hermann Schott, a.a.O., S. 38 ff.

Vertragsabschlußwille" bezeichnet werden soll, für den sich aber auch die Bezeichnungen Verpflichtungswille und Schuldnerwille ¹⁾ finden. Ein solcher fester Vertragsabschlußwille wird in aller Regel immer dann anzunehmen sein, wenn ein ernsthaftes, vollständiges und vor allem inhaltlich in sich geschlossenes, kurz vertragsreifes Angebot vorliegt. Der feste Vertragsabschlußwille kann trotz eines Ausschlusses gem. § 145 BGB erhalten bleiben.

Die Frage der Einigung betrifft die Zusammenführung ²⁾ der von den Abwesenden in zeitlicher Aufeinanderfolge abgegebenen Vertragserklärungen in der Weise, daß zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Willensübereinstimmung festgestellt werden muß. Da beim Vertragsabschluß die einzelne Vertragserklärung den gewollten Rechtserfolg nur in Verbindung mit der korrespondierenden Vertragserklärung hervorrufen kann, wird in diesem Stadium des noch nicht eingetretenen Rechtserfolges auch von einer Zwischenwirkung oder Vorwirkung ³⁾ gesprochen, womit die Gebundenheit des Antragenden im Sinne des BGB gemeint ist. Die Gebundenheit in § 145 BGB ist demnach allein eine Eigenschaft des Vertragsantrages. Um also die temporären Unterschiede der in freier Zeitenfolge geäußerten Vertragserklärungen in einem Zustand gleichzeitiger Existenz zu erhalten, wird beim Vertrag unter Abwesenden die vorzeitig abgegebene Vertragserklärung gebunden. Dem initiiierenden Teil wird gem. § 145 BGB eine Bewegungsunfreiheit auferlegt, die sich im Gegensatz zu dem aus Initiative und Aktivität geborenen, festen Vertragsabschlußwillen als passive Sozialverpflichtung darstellt ⁴⁾. Der Wi-

1) Seidl, Allg. Teil BGB, § 17 I 1, S. 45; Erman-Hefermehl, § 145, Anm. 3.

2) Schott, a.a.O. S. 97 ff.; Staudinger-Coing, Kom. BGB, Vorbem. vor § 145 Rdnr. 1 ff.

3) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 159 f., S. 163 ff.; Müllereisert, Vertragslehre, S. 38 f.

4) Schott, a.a.O., S. 97; v. Savigny, Obligationenrecht Bd. I, §§ 2, 3; Jerusalem, Kritik der Rechtswissenschaft, S. 436 ff.; RG HRR 1930, Nr. 91; RG SeuffArch. Bd. 83, Nr. 138; Rabel, Warenkauf, § 12, 1, S. 86 ff.; Oemler, Jur. Diss., S. 11/12; Reiffenrath, Jur. Diss., S. 4.

derrufsvorbehalt in § 145 BGB bedeutet somit eine Widerruflichkeit¹⁾, ohne auf den festen Vertragsabschlußwillen des Antragstellers zu verzichten. Die grundsätzliche Verschiedenheit zwischen festem Vertragsabschlußwillen und Gebundenheit des Antragstellers kommt auch darin zum Ausdruck, daß die Widerrufserklärung, die nicht rechtzeitig, d.h. vor der Annahmeerklärung, zugegangen ist, den Vertragsabschluß nicht verhindert²⁾. Die Ansicht, welche die Gebundenheit des Antragenden an seinen Antrag als tragendes Wesensmerkmal seiner Vertragserklärung ansieht, ihn also dem Bindungsfaktor des festen Vertragsabschlußwillens gleichstellt und einen Bindungsausschluß in Form des Widerrufsvorbehaltes mit einem Verlust des Charakters als Vertragserklärung verbindet, ist nach alledem abzulehnen. Diese Auffassung ist schon deswegen nicht überzeugend, weil sich dann die Vorschrift des § 145 Nachsatz BGB erübrigt hätte. Eine andere Frage ist die Abgrenzung zwischen Widerrufsvorbehalt und der bloßen invitatio als unverbindliche, vertragsvorbereitende Handlung. Die Grenze ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen³⁾. Auf Einzelheiten hierzu, insbesondere beim formularmäßigen Vertragsabschluß wird im Rahmen der Untersuchungen zur Klausel "Freibleibend" einzugehen sein.

-
- 1) Reiffenrath, Jur. Diss., S. 14; § 118 Abs. 2 des Entwurfs zum BGB v. 1888. Nach Düll, Zur Lehre vom Widerruf, S. 18 ff., handelt es sich um einen Aufhebungswiderruf, d.h. der Widerruf hat keine rechtsändernde Wirkung und ist mithin kein "echter" Widerruf, vgl. Staudinger-Coing, § 145, Anm. 15 (unter Fußnote 3); rechtsvergleichend Reithmann, S. 116 ff., Rdnr. 230 ff.; Rabel, Warenkauf, §§ 11, 12.
 - 2) Prot. I, S. 76/77; RG JW 1911, S. 643/44; Reiffenrath, Diss., S. 10; Lange, Lehrbuch, Allg. Teil, § 39 III 26; Lehmann, Allg. Teil, § 33 II 2 a; Staudinger-Coing, § 145, Anm. 15; Enneccerus-Nipperdey, § 161 III; Art. 337 des Allg. Deutschen HGB v. 1869 (RGBl 1869, S. 379, 772).
 - 3) Enneccerus-Nipperdey, § 161 III 1; Erman-Hefermehl, Kommentar, § 145, Anm. 4 und Anm. 7.

§ 7 Ergebnis

Die freiheitliche Grundkonzeption des Vertragsabschlußverfahrens hat im Vertrauen auf eine sich im Vollzuge der Privatautonomie von selbst einstellende Gerechtigkeitskontrolle darauf verzichtet, materielle Inhaltskontrollnormen aufzustellen. Dies ist als ein erkennbares gesetzgeberisches Gebot zu werten, die Vertragsfreiheiten auch nicht nachträglich durch materielle Inhaltsschranken zu begrenzen. Diese Erkenntnis verweist auf die funktionellen oder rechtstechnischen Wesensmerkmale des Vertragsabschlußtatbestandes zur Gewinnung von Begrenzungskriterien.

Die Strukturanalyse der einzelnen Vertragserklärungen im Wege einer Differenzierung der immanenten Bindungsfaktoren hat gezeigt, daß das wesentliche Merkmal einer Vertragserklärung der darin geäußerte feste Vertragsabschlußwille ist.

Nach der im BGB geregelten Abschlußtechnik tritt eine vorzeitige Gebundenheit des Antragenden ein. Diese Behinderung des Antragenden in seiner Dispositionsgewalt ist das Initiativrisiko des Antragenden. Diese einseitige Belastung des Initiierenden wird auch in den Motiven ¹⁾ und Protokollen ²⁾ erörtert: "Insbesondere ist der Einwand nicht ohne Gewicht, daß der Antragsempfänger in die Lage gesetzt wird, eine Änderung der Umstände zu seinen Gunsten auszunutzen." Als Abwehrmittel gegen diese Gefahr werden ausdrücklich der Widerrufsvorbehalt und die Möglichkeit der Befristung des Vertragsantrages genannt. Die Tatsache, daß mit der Annahmeerklärung zugleich die Verleihung eines Gestaltungsrechts verbunden ist, beeinträchtigt nicht die grundsätzliche Gleichrangigkeit beider Vertragserklärungen. Indes ist das Gestaltungsrecht des Annehmenden als Wertungsgesichtspunkt festzuhalten. Bei einer festgestellten mißbräuchlichen Ausübung des Gestaltungsrechts durch den Annehmenden würde sich die Rechts-

1) Motive Bd. I, S. 166.

2) Prot. I, S. 76 f.

folge allein auf das einseitige Rechtsgeschäft der Vertragsannahme erstrecken.

ZWEITER HAUPTTEIL

1. Abschnitt: Die Klausel "Freibleibend" in Vertragsabschlußklauseln

§ 8 Abgrenzung der Bedeutungsinhalte der allgemeinen Klausel "Freibleibend"

Die Klausel "Freibleibend" erscheint bei Verträgen und Vereinbarungen besonders häufig. Für rechtsverbindliche Absprachen oder möglicherweise rechtlich relevante Verhaltensweisen soll die Klausel "Freibleibend" eine rechtliche und tatsächliche Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn klarstellen, sichern und bewahren.

Häufig findet man "Freibleibend" im Zusammenhang mit tautologischen Häufungen oder Konkretisierungen wie etwa: "Freibleibend und unverbindlich"; "Freibleibend, verpflichtet also nicht zur Annahme von Aufträgen"; "durchweg freibleibend"; "Freibleibend, insbesondere hinsichtlich Preisen, Lieferungsverpflichtungen, Liefermengen". Die Klauseln "Zwischenverkauf vorbehalten", "Lagerware freibleibend", "so lange der Lagervorrat reicht", "... wenn Lagermaterial beim Eintreffen der Bestellung noch am Lager ist" sind durch die allgemeine Klausel "Freibleibend" weitgehend verdrängt worden.

Die Klausel "Freibleibend" kann sich auf das Vertragsangebot beziehen, sie kann sich aber auch auf den Vertrag als Ganzes erstrecken oder auch nur auf einzelne Punkte des Vertragsinhaltes, wie z.B. auf Lieferzeit und Leistungsangaben. Rechtlich gesehen ist aber vor allem die Unterscheidung, ob sich die Klausel "Freibleibend" auf das Vertragsangebot bezieht, was der häufigste Fall ist, oder ob sie als Vertrags-

bestandteil ¹⁾ gelten soll, sogenannter "Freibleibender Vertragsabschluß", von entscheidender Bedeutung ²⁾. Bezieht sich die Klausel "Freibleibend" nur auf das Vertragsangebot, so schützt sie vor der Übernahme rechtlicher Verpflichtungen, wie sie nach dem perfekten Angebot normalerweise anzunehmen wäre. Im anderen Fall des sogenannten "Freibleibenden Vertragsabschlusses" versieht die Klausel vertraglich eingegangene Verpflichtungen im Wege der einseitigen Wollensbedingung ³⁾ mit einem freien Abänderungsrecht ⁴⁾ oder mit einem einseitig subjektiven oder einem objektiven Bestimmungsrecht ⁵⁾ über den Vertragsinhalt in den freigehaltenen Punkten. Gemeinhin räumt aber die Klausel "Freibleibend" als Vertragsbestandteil dem nur freibleibend Verpflichteten ein Rücktrittsrecht ein, wenn und sobald er von sich aus alles zur Befriedigung des Käufers getan hat, was ihm billigerweise zuzumuten ist ⁶⁾.

-
- 1) Nach Staudinger-Coing, § 145 Rdnr. 16, besonders im Möbel- und Automobilgeschäft verwendet. Nach dem hier vorliegenden AGB-Material kann nur das letztere bestätigt werden.
 - 2) Vgl. Staub-Gadow, HGB-Komm., 14. Aufl., Bd. 3, Anhang zu § 361, Anm. 17 a B; Brobowski, Liefervertrag, S. 17.
 - 3) Gegen die Zulässigkeit der ernsthaften und erklärten Wollensbedingung ist nichts einzuwenden, RGZ 104/100; 104/306 f.
 - 4) Staudinger-Coing, § 158, Anm. 12; Staub-Gadow, HGB-Komm., III, Vorbem. 22 a vor § 373 und weit. Nachweise.
 - 5) Allerdings darf dieses Recht nicht willkürlich und ohne sachliche Veranlassung ausgenutzt werden, sondern nur in einer angemessenen und sachlich gerechtfertigten Weise und im Rahmen der Zumutbarkeit. Der BGH korrigiert auch nach § 315 BGB; BGH MDR 1958, S. 683; BGHZ 1/354; vgl. auch RGZ 103/415.
 - 6) RG JW 1921, S. 333 Nr. 1 und S. 625 Nr. 4; RGZ 104/307; 105/370/5; Starke JW 1920, S. 472, 474; Lehmann, Allg. Teil, § 33 II 2 b, S. 222; Staudinger-Coing, § 145, Rdnr. 16 (7 b); Enneccerus-Nipperdey, § 162 III 2 und Fußnote 32, S. 992; Schubert, Deutsches Kaufrecht § 6, S. 22; Raiser, AGB, S. 291 (unter 3 a) mit weit. Literatur; Seydel in NWB-Wirtschaftsrecht, Fach 18, S. 22 f.

Die Klausel "Freibleibend" als Vertragsbestandteil ist besonders in der Zeit nach dem 1. Weltkrieg angewandt worden, um die durch Kriegsereignisse und Inflation entstandenen Lieferschwierigkeiten ¹⁾ und Preisrisiken auszuschalten ²⁾. In Zeiten normaler Entwicklung und normaler wirtschaftlicher Verhältnisse ist sie abzulehnen, weil sie rechts- und währungspolitisch eine allgemeine Unsicherheit verbreitet ³⁾, vor allem aber ist diese Klausel für den anderen, mit unabdingbaren Vertragspflichten belasteten Vertragspartner besonders einschneidend ⁴⁾. Aus all dem folgt, daß an die Klausel "Freibleibend" als Vertragsbestandteil strenge Anforderungen ⁵⁾ zu stellen sind. Heute werden ihre wirklich noch regelungsbedürftigen Fälle ohnehin nach den Grundsätzen des Wegfalls oder des Fehlens der Geschäftsgrundlage behandelt ⁶⁾, soweit nicht schon nach § 275 BGB, bzw. nach § 323 BGB eine Befreiung von der Leistungsverpflichtung eintritt (Fall der wirtschaftlichen Unmöglichkeit).

Daraus folgt, daß die Klausel "Freibleibend" im Falle fehlender ausdrücklicher, anderslautender Bestimmung nicht

-
- 1) Z.B.: "Betriebsstörungen, Rohmaterialmängel, Verkehrsmängel und alle Fälle höherer Gewalt entbinden mich von der Lieferung", vgl. RG Urt. v. 13.1.1922, Gruchot Bd. 66 (1923), S. 569 Nr. 39.
 - 2) Dove in JW 1920, S. 472 ff., 473/74; vgl. dazu auch Hellmuth Lutz, Die clausula rebus sic stantibus in Lieferungsverträgen; RGZ 101/75; RG Das Recht 1924, Nr. 658 Sp. 228.
 - 3) Staub-Gadow, HGB-Komm. III, Anh. zu § 361, Anm. 17 c; ebenso Gutachten der Handelskammer Berlin, JW 1921, S. 158 ff.; Seydel in NWB a.a.O. RGZ 104/306; RG in LZ 1921, Sp. 458/59; vgl. Beschluß des Bundeskartellamtes v. 20.7.1960, WuW 1960, S. 728 ff. (739) oben.
 - 4) Nach Überwindung der anormalen Zeiten hat diese Handelsübung ohnehin nachgelassen.
 - 5) RG JW 1922, S. 33 Nr. 3 und Urt. Bespr. von Dove; RG SA Band 74, S. 146 Nr. 81; RGZ 103/414; OLGE 32/353; RG Gruchot Bd. 66 (1923), S. 87.
 - 6) Baumbach-Duden, HGB-Komm., § 346, Anm. 5, S. 463.

als Vertragsbestandteil aufzufassen ist, sondern als freibleibendes Vertragsangebot ¹⁾, das sich mit Vertragsabschluß erledigt ²⁾. Weiterhin ist der Übergang eines freibleibenden Vertragsangebots auf freibleibende Vertragspflichten nach Vertragsabschluß - Übergang in die Bedeutung "Freibleibend" als Vertragsbestandteil - streng zu beurteilen und im Zweifel abzulehnen ³⁾. So ist z.B. die Klausel "stets freibleibend" so unbestimmt und so allgemein, daß sie nicht den Eindruck erweckt, daß der Verkäufer auch nach Vertragsabschluß hinsichtlich seiner Lieferpflichten freizeichnen will. Sie ist also entsprechend der o.a. Regel nur auf das Vertragsangebot zu beziehen ⁴⁾.

Als Vertragsabschlußklausel kommt für die weitere Untersuchung nur die Klausel "Freibleibend" in ihrem Bezug auf das Vertragsangebot in Betracht.

§ 9 Die Klausel "Freibleibend" im Vertragsangebot

I. Erscheinungsformen und Bedeutungsinhalte, insbesondere auch die Bedeutung konkretisierender Zusätze und modifizierter Annahmeerklärungen

Zur Klausel "Freibleibend" im Vertragsangebot sind auch die sachlich entsprechenden Formulierungen zu zählen wie "unverbindlich"; "ohne Obligo" ⁵⁾, "ohne Verbindlichkeit",

1) Staub-Gadow, HGB-Komm., Anh. zu § 361, Anm. 17 c; Brodowski, Liefervertrag, S. 17.

2) RGZ 102/228/9; RG Gruchot Bd. 66 S. 87 ff.

3) RGZ 103/414; OLG Augsburg JW 1921 S. 173 Nr. 1; Starke, JW 1920 S. 472/73; Staudinger-Coing, § 145 Rdnr. 16 (7 b a.E.).

4) RGZ 102/227 ff. (228).

5) Vgl. ROHG SeuffArch Bd. 30 S. 241 Nr. 165.

"Notierung", "Quotierung" ¹⁾. Allgemein durchgesetzt hat sich die Formulierung "Freibleibend".

Bei der Bedeutung der Klausel "Freibleibend" im Vertragsangebot stellt sich die Frage, ob damit ein Widerrufsrecht für den Antragenden, oder eine allgemeine Unverbindlichkeitserklärung in dem Sinne gemeint ist, daß in deutlicher Verneinung eines festen Vertragsabschlußwillens der Vertragsantrag seinen Charakter als Vertragserklärung verliert und ein "unverbindliches Marktangebot" wird ²⁾.

Die Frage, welche Bedeutung der Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" regelmäßig beizulegen ist, wurde in Literatur und Rechtsprechung vor allem von 1910 - 1930 diskutiert, aber die Diskussion kann auch heute noch nicht als abgeschlossen angesehen werden. Zu Beginn der Auseinandersetzung unterschied man zwischen einer strengen und einer milden Bedeutung der Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" ³⁾. Die strenge Bedeutung ging dahin, daß der freibleibend Antragende einen wirksamen Vertragsantrag im Sinne des § 145 BGB abgibt, aber sein Angebot bis zum Eintreffen der Annahmeerklärung des Vertragspartners widerrufen konnte. Nach der milderer Bedeutung konnte der Vertrag erst durch eine Annahmeerklärung des Erst anbietenden zustande kommen, es sei denn, der Erstanbietende erklärt nicht unverzüglich nach Eintreffen einer annahmefähigen Vertragserklärung des Gegners, daß er nicht mehr am Vertrag festhalten wolle. Hiernach fehlt einem freibleibenden An-

1) Notierung und Quotierung sind ursprünglich technische Börsenausdrücke für die börsenmäßige Aufzeichnung und Veröffentlichung von Warenpreisen und Kursen und bedeuten im allgemeinen Warenverkehr ebenfalls eine unverbindliche Preisangabe und ein unverbindliches Angebot.

2) Vgl. RG JW 1911, S. 643 Nr. 7; Reiffenrath, Diss., S. 8; Enneccerus-Nipperdey, § 161 III 1 a und b; Staudinger-Colling, § 145, Rdnr. 16.

3) OLG Hamburg LZ 1916, Sp. 1329; OLGE 38/200/o1; Paul Si-méon, BGB-Komm., Allg. Teil, 1. Teil, § 30, 2, S. 226.

gebot der feste Vertragsabschlußwille und demnach die Eigenschaft als Vertragsantrag ¹⁾. Die weitaus herrschende Meinung in Lehre ²⁾ und Rechtsprechung ³⁾ hat sich unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses und unter besonderer Bezugnahme auf Art. 337 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches von 1861 (RGBI 1869, S. 379/472) ⁴⁾ dahin entschieden, daß es sich bei einem freibleibenden Vertragsangebot lediglich um eine Aufforderung zur Stellung einer Offerte handelt; das freibleibende Vertragsangebot will regelmäßig eine sprachliche Äußerung und informatorische Mitteilung ohne vertragsbegründenden Akt bleiben; der Auffordernde behält seine volle Vertragsabschlußfreiheit; denn mit der Klausel "Freibleibend" will er jede vertragliche Bindung seinerseits ablehnen und seine Entschei-

1) Mot. Bd. 1, S. 166/7; Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl., § 161 III 1 b (S. 991/92); Lehmann, Allg. Teil, 12. Aufl., § 33 II 2 (S. 222); OLG Hamm LZ 1918, Sp. 945; Staub, HGB, Anh. zu § 361, Anm. 17 (17 aa); Staub-Gadow, HGB-Komm., § 346, Anm. 19, läßt aus diesem Grunde die Entscheidung zugunsten einer Einzelfallentscheidung nach den Einzelumständen offen.

Für Staudinger-Coing, § 145 BGB, Anm. 13 und 18, gibt es hier keine Alternative, da er einen Bindungsausschluß nach § 145 BGB im Sinne eines Widerrufsvorbehalts überhaupt verneint.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 161 III 1 b, S. 991/92; Lehmann, § 33 II 2 B, S. 222; Schubert, Deutsches Kaufrecht, § 6, S. 20 ff. und S. 194; Koehler, a.a.O., § 12, S. 51 ff.; Rudolf Schmidt, Lehrbuch z. BGB, Allg. Teil, § 33 II, S. 96; Starke in JW 1920, S. 473 ff., in Auswertung der Ergebnisse einer Umfrage bei den Handelskammern; Staudinger-Coing, § 145 Rdnr. 16 c (7 c); Baumbach-Duden, HGB-Komm., § 346, Anm. 5, S. 463; Seidl, Allg. Teil BGB, § 17 A I 1 b, S. 45.

3) ROHG 14/81; ROHG Urt. v. 1.10.1874 SeuffArch Bd. 30, S. 241, Nr. 165; RGZ 102/228 ff.; 105/12; RG LZ 1922, Sp. 452; WarnRechtspr 1925 Nr. 14; OLG Hamburg LZ 1916, Sp. 1329 und LZ 1918, Sp. 945; OLG 38/200; Das Recht 1916, Nr. 1255.

4) Art. 337 AHGB lautet: "Das Anerbieten zum Kauf, welches, erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mitteilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen oder Mustern geschieht, oder bei welchem die Ware, die Menge oder der Preis nicht bestimmt bezeichnet ist, ist kein unverbindlicher Antrag zum Kauf."

dung darüber, ob er den Vertrag auf der angegebenen Grundlage zum Abschluß bringen wolle, sich bis zum Eintreffen der Antwort des Erklärungsempfängers in vollem Umfange vorbehalten ¹⁾. Verbreitet hat sich die Formel von der unverbindlichen Einladung zur Stellung von Vertragsanträgen ²⁾, das ist die Aufforderung an den anderen, zukünftigen Vertragsteil, dem Auffordernden nach Maßgabe der ihm von diesem bekannt gegebenen Vertragsbedingungen einen annahmefähigen Vertragsantrag zu stellen ³⁾.

Der Unverbindlichkeitscharakter der Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" wurde in der weiteren Interpretation der Klausel auch entsprechend weit ausgedehnt. Jedes rechtlich relevante Verhalten im ganzen Umkreis des Vertragsabschlußtatbestandes wird dadurch für den Anbietenden vorerst unverbindlich "hinsichtlich des ganzen Inhalts oder einzelner Punkte" ⁴⁾, also z.B. auch bezüglich angegebener Maße, Gewichte oder technischer Unterlagen ⁵⁾. Als die Geschäftspraxis noch überdies der Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" Zusätze beifügte, wie etwa: "Freibleibend, Zwischenverkauf vorbehalten" oder "Freibleibend, so lange der Lagervorrat reicht" oder "Lagerware freibleibend" oder "... Freibleibend, wenn Lagermaterial beim Eintreffen der Bestellung noch am Lager ist", fragte es sich, ob solche Zusätze einschränkende oder ausdehnende Wirkung haben sollten. Da grundsätzlich die Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" einen weiten Erstreckungsbereich hat, wäre eigentlich jeder konkretisie-

1) RGZ 102/227/28.

2) Z.B. RG JW 1926, S. 2674; RGZ 102/227 ff. (229); OLG Königsberg Urt. v. 18.1.1921 OLG 41/89/90.

3) Staub-Gadow, HGB-Komm., § 346, Anm. 19; Staub, HGB-Komm., Anh. zu § 361 Anm. 10.

4) RG SA Bd. 74 Nr. 81, S. 146; vgl. BGHZ 1, 353 ff.

5) RGZ 104/306 ff.

rende Zusatz logisch sinnwidrig ¹⁾; eine noch weitergehende Freistellung im konstitutiven Sinn erscheint nicht möglich. Deswegen wäre für den Anbietenden schon die Gefahr eines Umschlagens in eine einschränkende Wirkung nach Maßgabe des konkretisierenden Zusatzes zu befürchten, etwa als erläutern-der Zusatz zur allgemeinen Klausel "Freibleibend" mit der Beschränkung auf bestimmte Punkte. Eine Einschränkung oder Beschränkung ist jedoch weder vom Urheber gewollt worden, noch hat der Verkehr diesen Zusätzen eine solche Bedeutung beigelegt. Vielmehr sind die Zusätze nur dahin zu verstehen, daß zugunsten des Anbietenden sichergestellt werden soll, daß beispielsweise auch noch der Fall einer zwischenzeitlichen Veräußerung unter die Klausel "Freibleibend" fällt ²⁾; zum anderen soll der Verkehr noch auf diesen besonderen Faktor ausdrücklich aufmerksam gemacht werden. Folglich sind konkretisierende Zusätze zur Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" nur im deklarativen und demonstrativen Sinn zu verstehen ³⁾.

Die Klauseln "Zwischenverkauf vorbehalten" und dgl. unterscheiden sich dagegen von der allgemeinen Freizeichnung durch die Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" dadurch, daß das Angebot für den Verkäufer bindender Vertragsantrag ist, daß er aber unter dem Nachweis, daß er über die Ware bis zum Eintreffen der Bestellung des Käufers anderweitig verfügt hat, von seiner Verpflichtung frei wird ⁴⁾. So heißt es einmal in AGB: "Angebote mit der Bezeichnung "Zwischenverkauf vorbehalten" verpflichten den Anbietenden, falls er nicht nachweist, daß er die Ware anderweit verkauft hat".

Da die Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" nach weitaus herrschender Ansicht im Sinne einer allgemeinen Freizeichnung aufgefaßt wird, bedarf es solcher konkretisierender Zusätze

1) RG SA Bd. 80 Nr. 25, S. 44 ff.

2) Soergel-Siebert-Mezger, § 145 Rdnr. 8; RG SeuffArch Bd. 80, Nr. 25.

3) OLG Dresden SA Bd. 73 (1918) Nr. 114, S. 184; RG SA Bd. 80, Nr. 25, S. 44; OLG Hamburg LZ 1916, Sp. 1329.

4) RG SA Bd. 80, Nr. 25; Koehler a.a.O., S. 52.

zur Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" nicht mehr ¹⁾. Sie könnten allenfalls dann rechtlich bedeutsam werden, wenn eine bestimmte außergewöhnliche Freizeichnung nicht unter den normalen Erfassungsbereich der Klausel "Freibleibend" fällt ²⁾. Überschneidet sich in der Geschäftskorrespondenz die allg. Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" mit einer einschränkenden Klausel, die nicht im Zusammenhang mit einer allg. Freizeichnung genannt wird, dann darf nur bei Vorliegen sachlicher Gründe eine einschränkende Änderung nach Maßgabe der einschränkenden Spezialklausel angenommen werden.

Dem sachlich weitgespannten Wirkungsbereich der Klausel "Freibleibend" entspricht auch die zeitlich fortdauernde Unverbindlichkeit des Vertragsangebots trotz dazwischen liegender Vertragshandlungen, sofern sie sich auf denselben Vertragsgegenstand beziehen. Von dem ursprünglich freibleibend gestellten Vertragsangebot ausgehende Vertragsverhandlungen oder Besprechungen mündlicher, telegraphischer oder schriftlicher Art tragen den gleichen unverbindlichen Charakter. Die Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" braucht also bei im übrigen gleichbleibenden Verhältnissen nicht in jedem neuen Schreiben wiederholt zu werden ³⁾.

Im Falle der Vertragsannahme eines auf ein freibleibendes Angebot erfolgenden Vertragsantrages ist die Vorschrift des § 150 Abs. 2 BGB zu beachten. Danach gilt eine Vertragsannahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen als Ablehnung des Vertragsantrages, der mangels eines übereinstimmenden Annahmewillens gem. § 146 BGB erlischt ⁴⁾, verbunden mit einem neuen Antrag. Diese Bestimmung hat den Zweck, den Antragssteller in seiner Gebundenheit an

1) Vgl. WarnRechtspr. 1925, Nr. 14; AG Königsberg Urt. v. 18.1.1921 OIGE 41/89/90.

2) Vgl. RGZ 102, 227 f.

3) RG SA Bd. 74, S. 146 Nr. 81; OIG Rspr. 32/353.

4) Staudinger-Coing, § 150, Rdnr. 3.

seinen ursprünglichen Vertragsantrag zu schützen, indem sie ihn von erweiternden oder einschränkenden einseitigen Änderungen freistellt, soweit nicht ausschließlich günstige Änderungen für den Antragsteller eintreten ¹⁾. Die gem. § 150 Abs. 2 BGB eingetretene Rechtsfolge verleiht der abweichenden Auftragsbestätigung ²⁾, bzw. dem abweichenden unechten Bestätigungsschreiben den Charakter eines Vertragsantrages ³⁾. Eine erweiterte Vertragsannahme im Sinne von § 150 Abs. 2 BGB wird regelmäßig beim Formlargeschäft vorliegen, wenn zugleich mit der Annahmeerklärung im Wege der Auftragsbestätigung noch AGB nachgeschoben oder überhaupt erst eingeführt werden ⁴⁾, oder wenn sonstige belastende Vertragsklauseln eingeführt werden. Für den Antragenden folgt allein aus der Tatsache, daß ihm nunmehr ein neuer, erweiterter Vertragsantrag vorliegt, im Gegensatz zum Sachverhalt aus der verspäteten Annahme ⁵⁾ (§ 150 Abs. 1 BGB) keinerlei Erklärungs-pflicht zu diesem Antrag, sofern nicht nach Treu und Glauben ohnehin schon mit seinem Einverständnis gerechnet werden darf ⁶⁾. Demnach kann der Vertrag in der modifizierten Form auch nicht durch Schweigen des Antragstellers auf den erwei-

1) OLGE 38/39.

2) Als Auftragsbestätigung bezeichnet man eine in die Form der Bestätigung gekleidete Vertragserklärung, in der Regel Vertragsannahme; BGHZ 18, 212 ff., 215.

3) Vgl. Krause, Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1952, S. 996; RGZ 54/179; RG SA Band 83, Nr. 202.

4) BGHZ 18/212, 215; 11/4; 7/190; RGZ 95/48; Krause, a.a.O., S. 996 ff. (997) unter III; Palandt-Danckelmann, 23. Aufl., § 150, Anm. 2.

5) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 162, III 1, S. 997.

6) Soergel-Siebert-Mezger, § 150, Rdnr. 2.

terten Vertragsantrag zustande kommen ¹⁾. Anderes gilt nur dann, wenn eine erkennbare Änderung der vom Erstantragsteller in seinem Antrag abgegebenen sachlichen EntschlieÙung vorliegt ²⁾; diese kann etwa dann angenommen werden, wenn die AGB-Änderung oder überhaupt die Einführung der AGB erkennbar hinter einem dringenden sofortigen Lieferinteresse zurücktritt ³⁾, oder wenn insbesondere im Handelsverkehr und bei beiderseitigem Handelsgeschäft der modifiziert annehmende Verkäufer ein erkennbares Interesse an einer baldigen Antwort für den Fall der Ablehnung seines Antrags zeigt ⁴⁾.

Anders sind die Fälle des echten Bestätigungsschreibens zu beurteilen; bei widerspruchsfreier Entgegennahme wird die Geltung der eingeführten AGB anerkannt ⁵⁾.

In der Praxis des formularmäßigen Vertragsabschlusses hat die für sich wichtige Regelung des § 150 Abs. 2 BGB keine allzu große Bedeutung. In den meisten Fällen, in denen durch die nachträgliche Einführung von AGB tatsächlich eine modifizierte Vertragsannahme und damit ein nochmals annahmbedürftiger Vertragsantrag vorliegen, wird der zweite Antrag

-
- 1) ROHG 15/96, der etwas derartiges als unberechtigtes Ansinnen verwirft; ebenso RGZ 95/48 ff., 51; BGHZ 18/212, 216; dazu kritisch Krause, a.a.O., S. 996; Droste, a.a.O., Betrieb 1957, Beil. 10 zu Heft 32; v. Godin RGRK-HGB, § 346, Bem. 16 und 17; Baumbach-Duden, Anh. I nach § 346 HGB, Bem. 2. Thamm, Wirkung des Schweigens auf kaufmännische Auftragsbestätigungen hinsichtlich Geschäftsbedingungen, BB 1964, S. 910 f., Nr. 1353, fordert zur Vereinfachung eine Gleichstellung von (echtem) Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigung; hierzu vgl. Krause, BB 1952, 996 ff.
 - 2) BGH NJW 1951, S. 313; BGHZ 18/212; 11/4; vgl. auch Koehler, Orderkopie und Bestellschein, S. 43 u. S. 47; RG in SeuffArch Bd. 83, S. 341 Nr. 202.
 - 3) RG SeuffArch Bd. 83, S. 341 Nr. 202.
 - 4) Vgl. BGHZ 1/355; BGH JZ 1951, S. 783; RGZ 34/180.
 - 5) BGH in BB 1952, S. 842; BGHZ 18/212 ff.; v. Godin, RGRK-HGB, § 346, Anm. 16 h.; BGHZ 7, 187 ff., 190.

vom Käufer in schlüssiger Form ¹⁾ durch Abnahme der gelieferten Ware ohne Beachtung der modifizierten Vertragsgestaltung angenommen. Der Vertrag kommt damit nach Maßgabe der modifizierten Vertragsannahme zustande.

Indes darf die Vorschrift des § 150 Abs. 2 BGB auch nicht ohne weiteres unbeachtet bleiben. Dies zeigt die folgende Entscheidung ²⁾: Ein Käufer hatte bei einer Möbelversandfirma durch Vermittlung eines Vertreters und nach formularmäßigen Kaufantrag Möbel bestellt. Im Antrage war ausdrücklich vermerkt: "Möbel werden abgerufen, wenn Wohnung vorhanden, wahrscheinlich März 60." In der Auftragsbestätigung der Möbelfirma fand sich dagegen die Klausel: "Die Möbel sind bis zum 30. März 60 abzurufen". Die Firma klagte nach Ablauf des genannten Termins auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages. Das Gericht erblickte in der Abweichung der Abrufungsklausel vom ursprünglichen Antrage einen modifizierten Vertragsantrag im Sinne von § 150 Abs. 2 BGB mit der Rechtsfolge aus § 146 BGB für beide Vertragsanträge; denn während der Käufer den Kauf der Möbel vom Erhalt einer Wohnung abhängig machen wollte, hat die Klägerin diesen Vorbehalt zu Lasten des Erstantragenden in einen unbedingten Kaufvertrag mit befristeter Abnahmepflicht abgeändert, sogen. Kauf auf Abruf oder besser Lieferung nach Abruf. Da diese für den ganzen Vertrag erhebliche Abänderung vom Käufer nicht nochmals angenommen worden war, war die Klage der Möbelfirma abzuweisen.

II. Grenzen der Freistellungskraft des freibleibenden Angebots

Vorbereitet durch eine ständige Rechtsprechung des Reiohsoberhandelsgerichts ³⁾ und durch eine Reihe eigener Ent-

1) Koehler, S. 6, S. 20 ff.; RGZ 102/372; BGH IM Nr. 2 zu § 150.

2) Nicht veröffentlichtes Urteil des AG Paderborn 3 S 82/62.

3) ROHG 1/81 ff.; 3/113 ff.; 116-118; 30/62.

scheidungen ¹⁾, hat das Reichsgericht schon im Jahre 1921 in einer etwas ausführlichen Stellungnahme ²⁾ zum freibleibenden Angebot die Freistellungskraft des freibleibenden Angebots eingeschränkt. Die Einschränkung betrifft den ausschließlichen Freistellungsanspruch des freibleibend Anbietenden im Bereich rechtsgeschäftlicher Verpflichtungswirkungen, nicht etwa eine gegenständliche Begrenzung dem Umfange nach. Die Einschränkung stützt sich nach den vorgehenden Entscheidungen ³⁾ auf die tragenden Rechtsgedanken der §§ 157, 242 BGB, § 346 HGB sowie der §§ 362 Abs. 1 HGB, 663 BGB ⁴⁾. Das RG ging von der Überlegung aus, daß derjenige, der ein freibleibendes Angebot macht, dem Gegner zu erkennen gibt, daß er mit ihm unter gewissen Bedingungen und Voraussetzungen in ein Vertragsverhältnis treten will. Wenn der Adressat des Angebots daher unverzüglich und vorbehaltlos durch Antrag seine Bereitwilligkeit erklärt, hat er auch ein Recht darauf, unverzüglich zu erfahren, ob sein Antrag zu einem festen Vertrags-schluß führe oder nicht, damit er weitere geschäftliche Maßnahmen danach einrichten kann. In Ausnahme von der Regel, daß Schweigen auf einen Vertragsantrag nicht als Annahme zu werten ist ⁵⁾, entsteht für den freibleibend Anbietenden auf Grund von Rechtssicherheit, Billigkeit und Natur der Sache eine Antwortpflicht. Mit einschlägigem Bezug auf die form-larmäßig dem Antragsteller einseitig auferlegten und oft übermäßig langen Gebundenheitsfristen bestätigte der BGH ⁶⁾

1) RG JW 1894, S. 318 Nr. 22; RGZ 54/176 ff. 181; WarnRspr. 1910, Nr. 233; 1911 Nr. 422.

2) RG Urt. v. 28.1.1921, WarnRspr. 14 (1921), S. 95/96 Nr. 38.

3) Z.B. RG WarnRspr. 1911 Nr. 422.

4) Im Falle des § 663 BGB ist die Sanktion auf eine Schadensersatzhaftung abgeschwächt; vgl. Philipowski, Die Geschäftsverbindung, S. 92 ff., insbes. S. 92 Fußnote 1; Lehmann, Allg. Teil, § 33 III 4.

5) Vgl. RGZ 103/13; 115/286; BGH NJW 1951, 313.

6) BGH v. 17.5.1962, BB 1962, S. 1056 Nr. 1725; mit ähnlicher Argumentation Staudinger-Weber, § 242 Anm. 219 a, 220; Rudolf Schmidt, Allg. Teil, 2. Aufl., § 33 II 3, S. 96.

diese Korrektur. Der freibleibend Anbietende soll nicht auf Kosten des Käufers, der zum Eingehen einer rechtlichen Bindung veranlaßt wurde, spekulieren. Nipperdey¹⁾ leitet die gleichen Rechtsfolgen aus dem Fall der verspäteten Vertragsannahme ab, § 150 Abs. 1 BGB. Entscheidend ist letztlich die Gestaltung des Einzelfalles; denn das freibleibende Angebot kann - möglicherweise - zum Katalysator werden, an welchem sich eine rechtsgeschäftlich bedeutsame Vertrauensbasis bildet. Diese manifestiert sich in einem in eigenem Interesse bewußt hervorgerufenen (= freibleibendes Angebot) und sodann konkret gepflegten, aber später ignorierten Vertrauenstatbestand, der nur in Verbindung mit den konkreten Umständen des Einzelfalles festzustellen ist. Daraus folgt die Erkenntnis, daß es sich um eine eng an den Einzelfall anlehrende Inhaltsbegrenzung der Klausel freibleibend im Vertragsangebot handelt. Entsprechend den anfänglichen Differenzierungen der möglichen Inhaltskontrollen liegt eine konkrete Inhaltsbegrenzung vor. Literatur²⁾ und Rechtsprechung³⁾ haben sich bemüht, diesen Vertrauenstatbestand näher zu kennzeichnen:

1) Enneccerus-Nipperdey, § 162 III 2.

2) Flume, AcP Band 161, S. 66; Kuhn, WM 1955, S. 958 ff.; Koehler, § 12, S. 52; Koehler, Orderkopie und Bestellschein S. 128, 46; Philipowski, Die Geschäftsverbindung, S. 93 ff., Einzelfälle, S. 97/98 unter VII; Oemler, Jur. Diss., S. 19/20; Oertmann, JW 1921, S. 393; RGRK-BGB, § 145, Anm. 5; Soergel-Siebert-Mezger, § 145, Rdnr. 7; v. Godin, HGB, Anm. 6 zu § 362; Krause, BB 52 S. 996 ff.

3) RGJW 1921, S. 393 Nr. 2 mit zustimmender Anm. von Oertmann; RG Urt. v. 10.2.1922 Gruchot Bd. 66 (1923), S. 462 Nr. 32; RG JW 1923, S. 118 Nr. 1; RGZ 102/227 ff.; 103/312; a.A. OLG Dresden SeuffArch Bd. 76, Nr. 317; KG Urt. v. 3.8.1949, JR 1950, S. 340 ff.; BGHZ 1/353; 18/212 = JZ, 1956, S. 175 mit Anm. v. Lehmann = MDR 1956, S. 214 mit Anm. v. Pohl; vgl. auch BGH BB 1962, S. 314, 1056 Nr. 1725; BGH LM Nr. 1 zu § 150; BGH in BB 1953, S. 957

Träger ¹⁾ würdigt diesen Rechtszustand des auf ein freibleibendes Angebot erfolgten Vertragsantrages als Schuldvertrag eigener Art - Verhandlungseinigung -, die sich von der Vertragseinigung dadurch unterscheidet, daß dem Verkäufer eine vorzeitige Lösung aus jedem Grunde und zu jeder Zeit noch möglich ist. Dagegen will Koehler ²⁾ von jeder Verpflichtung zur Ablehnungserklärung absehen, wenn in den AGB für derartige Erklärungen Schriftlichkeit angeordnet ist. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden; denn die Schriftlichkeitsklausel ist eine reine Formalklausel, und ein einseitig angeordneter Formzwang vermag nicht materiale Gerechtigkeitskorrekturen, die durch Umstände außerhalb des Formalen bedingt sind, d.h. "die der Natur der Sache, der Billigkeit und der Rechtssicherheit entsprechen", wieder aufzuheben. Folgende Einzelvoraussetzungen wurden herausgearbeitet: ³⁾

- 1) Der Antragende erklärt sich unverzüglich und vorbehaltlos auf ein freibleibendes Angebot.
- 2) Der Antragende bezieht sich erkennbar auf das freibleibende Angebot.
- 3) Nach Treue und Glauben besteht für den Antragsteller ein erkennbares, dringendes Interesse an einer Antwort.

Die einzelnen Voraussetzungen bedürfen noch einer gewissen Erläuterung.

Zu 2 und 3: Der allgemeine Vertrauenstatbestand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs und der besondere Vertrauenstatbestand

1) Träger, Einigung und Vertrag, S. 17 ff.

2) Koehler, a.a.O., § 15, S. 51 ff.

3) Dazu bes. Krause, BB 1952 S. 996 ff.; Kuhn, WM 1955, S. 958 unter II 6 (S. 961 Mitte); Schubert, Deutsches Kaufrecht, § 7, S. 23 ff.; BGH MDR 1956, S. 214, 215 1. Sp., 3. Abschnitt; vgl. BGH LM Nr. 2 zu § 150 BGB. Vgl. insbes. RGZ 102/227 ff., 229, 230; BGH BB 1951, S. 938 Nr. 2358; vgl. auch BGH BB 1962, S. 1353 Nr. 2142 für die wechselrechtliche Genehmigung.

des gestellten Vertragsantrages müssen an ein freibleibendes Angebot anknüpfen, d.h. an ein im übrigen perfektes Vertragsangebot ¹⁾. Die Abgrenzung eines derartigen freibleibenden Angebots ist gegenüber dem "allgemeinen Anerbieten zum Verkauf vorzunehmen", "welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mitteilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschieht oder bei welchem die Ware, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist" (Art. 337 AHGB) ²⁾. In Anlehnung daran wird als ein hinreichend individuell gestaltetes freibleibendes Angebot zu betrachten sein, wenn der Verkäufer eine bestimmte Menge von Waren zu einem bestimmten Preis, z.B. 10.000 Schloßschrauben zu 80 DM für 100 Stück ³⁾, anbietet, desgleichen, wenn dem auf ein Inserat oder auf ein unbestimmtes Angebot rückfragenden Käufer nunmehr ein konkretes, aber freibleibendes Angebot unterbreitet wird ⁴⁾. Weitere Anhaltspunkte für die Feststellung eines perfekten freibleibenden Angebots gewinnt man, wenn man prüft, ob bereits konkrete Nebenabreden oder Finanzierungsvereinbarungen getroffen sind, oder ob bereits Klarheit über die Kredit- und Zahlungsfähigkeit besteht ⁵⁾. Ebenso sprechen bestehende Geschäftsbeziehungen regelmäßig für einen ausreichenden Individualcharakter.

1) KG Urt. v. 11.2.1916, OLG Respr. 1916, S. 348; RG JW 1921, S. 393 Nr. 2; RG JW 1923, S. 118 Nr. 1.

2) RG JW 1905, S. 76; RG HRR 1930 Nr. 91; OLG München, HRR 1941, Nr. 925; WarnRG 1910, Nr. 233; Soergel-Siebert, RGRK-BGB, § 145 Rdnr. 2 m. weit. Nachw.; Lehmann, § 32 II 1 a; Koehler, a.a.O., § 15, S. 51 ff., 62; RGRK (11. Aufl.), § 145, Anm. 1.

3) RGZ 103/312.

4) RGZ 102/227; 105/389; WarnRG 1925, Nr. 14; ROHG 15/96; BGHZ 1/353; Koehler, Orderkopie u. Bestellschein, S. 31 unter III 1; Lehmann, Anm. zum BGH Urt. v. 29.9.1955, JZ 1956, S. 176 (unt. Ziffer 3); vgl. Rabel, Warenkauf, § 13, 3 a, S. 78/79; a.A. OLG Dresden SeuffArch Band 76, Nr. 317.

5) OLG Kiel Urt. v. 20.11.1915, OLGR 1916, S. 348/349.

ter des avisierten Geschäfts ¹⁾. Dies gilt auch dann, wenn in dem durch das freibleibende Angebot veranlaßten Vertragsantrag des Käufers nicht sehr erhebliche Punkte des freibleibenden Angebots näher präzisiert werden und der Antrag im wesentlichen nicht vom freibleibenden Angebot abweicht: "Deckung im Wesentlichen" ²⁾. Weicht der Antragende in seinem Antrag in wesentlichen Punkten zu weit vom freibleibenden Angebot ab, dann gilt die Regelung des § 150 S. 2 BGB; eine stillschweigende Vertragsannahme kommt nicht mehr in Betracht ³⁾. In gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn der Antragsteller von sich aus die Annahmeerklärung in bestimmter Form per Einschreiben oder telegraphisch oder innerhalb einer bestimmten Frist verlangt. In diesen Fällen hat der Antragsteller seinerseits eine auflösende Bedingung oder einen Endtermin gesetzt (§§ 158 Abs. 2, 163 BGB), die gegebenenfalls seinen Antrag ohnehin schon zum Erlöschen bringen ⁴⁾.

Zu 3: Die Antwortbedürftigkeit des von einem freibleibenden Angebot "provozierten" Vertragsantrages ist unter den Vorbehalt gestellt, daß der Antragsteller nach Treu und Glauben eine Antwort erwarten durfte. Ein solches schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn aus Inhalt und den Einzelumständen der Bestellung hervorgeht, daß der Käufer eine schnelle Antwort erwartet und bereits mit dem Anschluß disponiert ⁵⁾, oder wenn er ausdrücklich eine Auftragsbestätigung erbitet ⁶⁾, oder wenn dem Verkäufer von vornherein bekannt ist,

1) Vgl. RGZ 103/313; 115/266 ff.; (268/69); 145/87 ff. (94); RG Gruchot Bd. 66, S. 462.

2) RG JW 1921, S. 393; RG Urt. v. 10.2.1933, Gruchot Bd. 66, S. 462 Nr. 32; WarnRG 1925, Nr. 14, Nr. 38.

3) v. Godin, RGRK-HGB § 346, Anm. 16 h; § 346 (3. Abschnitt); BGH MDR 1956, S. 214; = JZ 1956, S. 175.

4) RGZ 84/320 ff.; 103/313.

5) RG JW 1921, S. 393 Nr. 2.

6) RG JW 1923, S. 118 Nr. 1.

daß es sich beim Antragsteller um einen Händler oder ein weiterverarbeitendes Unternehmen handelt, so daß der Wiederverkauf zu vermuten ¹⁾ ist. Dabei muß sich der Geschäftsherr eine diesbezügliche Kenntnis seines "Vertreters" ²⁾, der den Vertragsantrag entgegengenommen hat, zurechnen lassen. Er kann sich nicht auf eine ungenügende Unterrichtung über die Vorgänge bei der Bestellung berufen ³⁾. Andererseits gilt Entsprechendes für den Antragsteller, wenn er den Umständen entnehmen muß, daß die mit dem Vertreter mündlich vereinbarten Bedingungen dem Willen des Verkäufers offenbar widersprechen ⁴⁾. Bei bedingungslosem Antrag ^{und} erkennbarer Eil- und Antwortbedürftigkeit ist von seiten des Antragstellers zugleich konkludent der Verzicht auf die Zugangsbedürftigkeit nach § 151 S. 1 BGB erklärt ⁵⁾, so daß keine Schwierigkeiten bezüglich der Empfangsbedürftigkeit auftreten können.

Besteht nach diesen Voraussetzungen für den Vertragsantrag eine Antwortpflicht und will der freibleibend anbietende den Vertragsantrag ablehnen, so muß er sich ausdrücklich ablehnend äußern. Die ablehnende Antwort muß dem Antragsteller innerhalb der Frist zugehen, in welcher dieser gem. § 147 BGB den Eingang unter regelmäßigen Umständen oder innerhalb der rechtswirksam für den Antragsteller bestimmten Bindungsdauer erwarten darf ⁶⁾; denn das im freibleibenden Angebot enthaltene "Versprechen", einen solchen Vertrag abzuschließen zu wollen, ist regelmäßig so zu verstehen, daß zwar

-
- 1) Vgl. ROHG 22/130 ff. (132); dieser Fall ist als Grenzfall zu betrachten und nach sorgfältiger Prüfung anzunehmen.
 - 2) Vertreter im weitestem Sinne, also auch des sogen. Reisenden ohne Abschlußvollmacht.
 - 3) Koehler, Orderkopie und Bestellschein, S. 40.
 - 4) Koehler, a.a.O., S. 28; RGZ 36/42; 51/150.
 - 5) RG JW 1926, S. 2676.
 - 6) RGZ 114/282; "umgehende Antwort", im übrigen unklare Unterscheidung zwischen WarnRG 1910 Nr. 233; WarnRG 1911 Nr. 422.

die Entscheidung über den Vertragsabschluß noch dem Verkäufer vorbehalten sein soll, daß aber der freibleibend Anbietende nach Eingang der Annahmeerklärung innerhalb der gültig vereinbarten Bindungsdauer des Antragenden ablehnen muß¹⁾. Diese Rechtslage ist bereits in zahlreichen AGB berücksichtigt, z.B.: "Der Vertrag kommt zustande, wenn der Verkäufer nicht innerhalb von zwei Wochen widerspricht. Der Käufer verzichtet auf den Zugang der Annahmeerklärung".

III. Die durch die Klausel "Freibleibend" eingetretene Phasenverschiebung in der Reihenfolge der Vertrags- erklärungen.

In 95 % des untersuchten AGB-Materials findet sich die Vertragsabschlußklausel "Freibleibend". Die allgemeine Geschäftspraxis bestätigt damit einen neuen Typ im Vertragsabschlußverfahren, der mitunter so stark von wirtschaftlichen Interessen und Ausdrücken durchzogen ist, daß die Übersicht und eindeutige Bestimmung von Vertragsantrag und Vertragsannahme erschwert werden. Im folgenden soll versucht werden, die Bedeutung dieses Vertragsabschlußverfahrens sichtbar zu machen.

Nach dem Vorstellungsbild des BGB von der rechtstechnischen Ausgestaltung des Vertragsabschlußverfahrens soll der wirtschaftliche Initiator eines perfekten Angebots auch den Vertragsantrag, also die erste Vertragserklärung abgeben. Diese Vorstellung beruht auf dem Grundgedanken, daß eine Koordination von wirtschaftlicher Initiative und Vertragsantrag einem wünschenswerten raschen Vertragsabschluß und Güterumsatz förderlich sei. Hinzu kommt der Vorteil eines einheitlichen Gesamtbildes von natürlichem Lebensvorgang und Rechtsleben. Zwar wurde bei den Beratungen zum BGB²⁾ auch schon die unverbindliche Aufforderung zur Stellung einer Offerte

1) RG JW 1921, S. 393 Nr. 2; Staub, HGB-Kom., Anh. zu § 361, Anm. 16; Demetrios Bailas, a.a.O., S. 69 ff.

2) Prot. I, S. 76; Mot. I, S. 166/167.

durch perfektes Angebot besprochen und in ihrer Bedeutung zu einem großen Teil erkannt, aber nicht entsprechend gewürdigt; sie wurde als Ausnahmeerscheinung im Rahmen der Diskussion zu § 145 BGB behandelt.

Nunmehr ergibt sich durch die breite Einführung der Vertragsabschlußklausel "Freibleibend" in das formularmäßige Vertragsabschlußverfahren folgende Änderung gegenüber der ursprünglich konzipierten Vertragsabschlußtechnik: Der freibleibend Anbietende ist und bleibt ungeachtet seines perfekten Vertragsangebotes nur wirtschaftlich Anbietender. Er tritt erst zu einem späteren Zeitpunkt als rechtlich qualifizierter Vertragspartner auf, und zwar dann in aller Regel als der annehmende Vertragsteil. Der Empfänger des freibleibenden Vertragsangebots ist zwar derjenige, der wirtschaftlich eine Leistung bereits annimmt, aber rechtlich gesehen stellt er den Vertragsantrag und leitet den mit seinem Antrag wirtschaftlich bereits vollzogenen Vertragsabschlußtatbestand erst ein; der Vertrag hingegen kommt erst durch die Annahme des auf die Aufforderung erfolgten Angebots zustande ¹⁾.

Damit ist zwischen natürlichem Lebensvorgang und rechtlichem Verpflichtungstatbestand eine Phasenverschiebung eingetreten ²⁾. Die Phase des wirtschaftlichen Angebots ist zwar im Hinblick auf etwaige Rechtsnachteile aus vorausgegangenem Schweigen rechtlich nicht völlig irrelevant, sie ist aber in aller Regel dem Rechtsverkehr als Vertragserklärung entzogen. Die Phase der wirtschaftlichen Annahme ist identisch mit dem rechtlichen Vertragsantrag. Die Phase der rechtlichen Annah-

1)RGZ 105/8 ff. (12).

2)Eine vergleichbare Differenzierung in verschiedene Phasen des Absatzvorganges, allerdings ausschließlich nach Gesichtspunkten der Werbetechnik in Absatz und Vertrieb, unternimmt Kropff, Angewandte Psychologie und Soziologie in Werbung und Vertrieb, S. 29/33; Kropff spricht z.B. von der Werbung in ihren einzelnen Phasen und Wirkwellen beim Absatz.

me des Vertragsantrages ist sowohl wirtschaftlich wie rechtlich ¹⁾ gewissermaßen zum Leerlauf geworden, wirtschaftlich ein Schlußakt, rechtlich entweder eine förmliche "Bestätigung" oder eine formlose, endgültige Zustimmung des Verkäufers.

§ 10 Bewertung der Klausel "Freibleibend" im Vertragsangebot

I. Dogmatische Bewertungskriterien zur Phasenverschiebung

Zur Bewertung der Klausel "Freibleibend" steht zunächst die durch diese Klausel in der Vertragsabschlußtechnik eingetretene Phasenverschiebung an. Bei näherer Betrachtung enthüllt sich der durch die Klausel "Freibleibend" in Form der Phasenverschiebung eingetretene Anpassungsprozeß als ein Fall der Verselbständigung eines bislang einheitlich erscheinenden Funktionskomplexes. In jeder Vertragserklärung sind eine rein informatorische Mitteilung und eine rechtserhebliche Erklärung enthalten, die informatorische Mitteilung bekundet die Abschlußbereitschaft und erschöpft sich im Kundgebungszweck ²⁾. Zu dieser Mitteilung kommt als zweiter Erklärungsinhalt die rechtserhebliche Erklärung hinzu, die zur Verwirklichung des Rechtserfolges von seiten des Antragstellers abzugeben ist ³⁾. Demzufolge sind bei jeder Vertragserklärung ein deklarativer und ein konstitutiver Erklärungsinhalt zu unterscheiden ⁴⁾. Beide Inhalte bezwecken eine möglichst bestimmte und konkrete

1) Der Verzicht auf die Zugangsbedürftigkeit der Annahmeerklärung gem. § 151 S. 1 BGB mag regelmäßig aus den näheren Umständen hervorgehen, vgl. z.B. RG JW 1926, S. 2672.

2) Ludwig Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 61 - 63.

3) Vgl. Schmidt-Rimpler, Grundfragen der Erneuerung eines Vertragsrechts in AcP Bd. 147, S. 130 ff., 146 ff., S. 174 ff.

4) Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 1939, S. 140; Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, S. 86/87; ders. in JheringsJ Bd. 75, S. 127 ff. (135).

Einzelinformation über ein Vertragsangebot und erscheinen deswegen in der Ordnungsvorstellung als ein einheitliches Ganzes. Naturgemäß tritt beim initiiierenden Vertragsangebot der informative Erklärungsinhalt in stärkerem Maße in den Vordergrund als bei dem zu diesem Zeitpunkt bereits informierten annehmenden Vertragsteil, soweit dieser der Information nichts hinzuzufügen hat. Bei der von Enneccerus ¹⁾ durchgeführten Analyse der Bestandteile des Willensinhaltes der Erklärungstätigkeit findet sich eine ähnliche Aufteilung und Abgrenzung in publikatorische und konstitutive Willens- und Erklärungselemente zur Verdeutlichung der rechtlichen Relevanz. Beide Erklärungsinhalte fügen sich im Vorstellungsbild des Erklärungsempfängers zu einer sinnvollen Erklärungseinheit zusammen. Auch in der Konzeption des BGB wird der vorausgehende informative Kundgebungsakt mit dem rechtlichen Handlungsakt identifiziert ²⁾. Nunmehr haben die Bedürfnisse des modernen Wirtschaftsverkehrs durch die Klausel "Freibleibend" im Vertragsangebot die Erklärungsinhalte des initiiierenden Vertragsteils in weiten zeitlichen Abstand auseinandergezogen. Der Kundgebungsakt wird zwar ebenfalls vom initiiierenden Vertragsteil gesetzt, aber er ist nicht zugleich auch derjenige, der die erste Vertragserklärung abgibt.

Sieht man vorerst noch von allen weiteren, mit der Phasenverschiebung verknüpften Erscheinungen ab, und gewinnt man das Bewertungsergebnis allein aus dem funktionalen Ordnungsbild des Vertragsabschlußtatbestandes, so lassen sich gegen die Verwendung der Klausel "Freibleibend" im Vertragsangebot keinerlei Bedenken erheben. Das relevante Ordnungsbild des Vertragsabschlußverfahrens wird nicht beeinträchtigt, mag sich auch am gewohnten Vorstellungsbild der Lasten- und Risikoverteilung eine nicht unerhebliche Änderung vollzogen haben. Nach dogmatischen Bewertungskriterien handelt es sich ledig-

1) Siehe Fußn. 2.

2) Vgl. auch Protokolle I, S. 76; Motive I, S. 167.

lich um eine weitere Erscheinung in der "Fülle der offenstehenden Variationen" ¹⁾.

II. Risikenverteilung und Rationalisierungseffekte im Verhältnis zur dispositiven Gesetzesregelung

Bedenken gegen die Phasenverschiebung könnten wegen der gewandelten Vorteils- und Lastenverteilung zwischen den vertragsschließenden Parteien geltend gemacht werden. Dem anbietenden Verkäufer kommen nunmehr alle Gestaltungsvorteile des Antragenden zugute ²⁾, indem er nämlich das perfekte Angebot gestaltet und bestimmt und vor allem die AGB aufstellt; zugleich hat er mittels der Phasenverschiebung alle Initiativrisiken des Antragenden auf den Käufer abgewälzt und hat sich die vorteilhafte rechtliche Position des annehmenden Vertragsteils verschafft. Auf den ersten Blick scheint dadurch der inhaltskontrollierende Vertragsmechanismus erheblich gestört, falls nicht besondere unternehmerische Risiken und Verteileraufgaben die Phasenverschiebung zu rechtfertigen vermögen.

Das freibleibende Angebot ist die vorherrschende Vertriebsmethode des Verkaufsbüros im Gegensatz zum Vertretergeschäft. Wenn auch die letztere Vertriebsmethode nach den letzten Erhebungen ³⁾ bei weitem überwiegt (77 %), so hat dennoch der sogen. Fernkauf ⁴⁾, d.i. regelmäßig der Verkauf über Verkaufsbüros im Wege freibleibender Angebote einen festen "Marktanteil", teils ausschließlich in einzelnen Indu-

1) Rudolf Reinhardt, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, in Festschrift für Schmidt-Rimpler (1957), S. 115 ff. (137).

2) Vgl. Richard Oemler, Über den Vertragsschluß unter Abwesenden, Jur. Diss., S. 17 (oben).

3) Umfrage zur Rationalisierung 1963, S. 15/16.

4) Friedrich H. Korte, Die Revolution mit der Sägemaschine (Überwindung der Anonymität), Wochenschrift "Die Zeit" 1961, Nr. 53, S. 20.

strie- und Handelssparten praktiziert (Baugewerbe, Grundstoffindustrie), teils wird er neben den anderen Vertriebsmethoden angewandt. Beim Initiativrisiko des anbietenden Unternehmers läßt sich ein unternehmerisches Risiko und ein rechtliches Risiko unterscheiden. Das unternehmerische Risiko liegt darin, das Markt- bzw. Konsumbedürfnis festzustellen. Dies nötigt zu einer Kalkulation mit einer Reihe von unbekannten Faktoren, z.B. auch mit dem Faktor der Konkurrenz und des eigenen Marktanteils. Der Faktor Unsicherheit ist in fast allen Aussagen enthalten. Zu dem unternehmerischen Wagnis des Initiierenden würde auch noch ein rechtliches Risiko treten, wenn etwa der Absatz nur über den Weg fester Vertragsanträge organisiert werden könnte. Dann würde der antragende Unternehmer z.B. riskieren, auf 10 Anträge 20 entsprechende Annahmeerklärungen oder gar keine Annahmeerklärung zu erhalten. Auch der letzte Fall brächte für ihn den Verlust mit sich, daß er erst das Ende seiner Gebundenheit abwarten müßte. Dadurch ginge ihm kostbare Zeit verloren, zwischenzeitliche Angebote an weitere Interessenten zu machen und andere Geschäftsabschlüsse vorzubereiten¹⁾. Bei rechtsverbindlich gehaltener Initiative könnte also der Markt bestenfalls nach und nach durchkämmt werden, je nachdem wie die Ware nach dem augenblicklichen Stand der Antragsgebundenheit der Verkäufer disponibel wäre. Dagegen erfordert das Gebot, eine bestimmte Leistung mit einem Minimum an Kosten auf den Markt zu bringen und zu verkaufen, eine Einsparung der hohen Vertriebskosten einschließlich Werbekosten durch Rationalisierung der Absatzorganisation²⁾. Erstrebenswert erscheint eine möglichst breit angelegte und intensive Art der Nachfrage, die eine greifbare Interessenschicht an den Verkäufer

1) Vgl. Koehler, § 15 S. 51; Rabel, Warenkauf, § 12. 1, S. 86.

2) Durch Einsparung von zwei werblichen Wirkstufen und Zusammenfassung eines intensiv vertragsvorbereitenden Stadiums im freibleibenden Angebot, vgl. Kropff, Angewandte Psychologie und Soziologie in Werbung und Vertrieb, S. 33 unten; zu den werblichen Wirkstufen vgl. oben S. 90.

heranbringt, ohne daß er selbst dafür bereits mit rechtlichen Bindungen arbeiten muß. Der Markt ist an den Unternehmer so nahe heranzubringen, daß er für den Unternehmer überschaubar und erfaßbar wird, ohne daß dadurch das rechtliche Abschlußverfahren irgendwie verzögert wird.¹⁾ Mit Hilfe der Klausel "Freibleibend" wird für den Absatz erreicht, daß ein beliebig großer Markt mit vertragsreifen Angeboten angesprochen werden kann. Das rechtliche Abschlußverfahren wird dadurch nur im geringen Umfang verzögert.

Eine weitere Rationalisierung des Absatzvorganges mit Hilfe der Klausel "Freibleibend" wird dadurch erreicht, daß wirtschaftliche Absatzgeschäfte, die noch nicht in das Stadium des rechtsverbindlichen Abschlusses getreten sind, ohne unmittelbaren Schaden für den einen oder anderen Teil im Bereich des rechtlich Irrelevanten gehalten werden können. Erst wenn der Abschluß rechtlich perfekt ist, ist eine buchmäßige Erfassung notwendig. Dadurch werden Büroarbeit und Arbeitskräfte eingespart; denn beispielsweise brauchen jetzt Bindungsfristen nicht einer laufenden Kontrolle unterstellt zu werden.

Insgesamt läßt sich feststellen, daß für den Unternehmer durch Verwendung der Klausel "Freibleibend" erhebliche betriebswirtschaftliche Vorteile und erhebliche Kosteneinsparungen gewonnen werden, die an die Verbraucher weitergegeben werden können. Marktwirtschaftlich wird eine besondere Marktoffenheit erzielt, und die Absatzkapazität der Unternehmer wird infolge Wegfalls der dubiosen und künftigen Abschlüsse erhöht.

Nach der gesamten Interessenlage ist ein erhebliches Interesse des Unternehmers anzuerkennen, seine vertragliche

1) Vgl. hierzu ROHG, 14/84, welches ebenfalls billigt, daß dem Unternehmer weiter Spielraum an Handlungsfreiheit eingeräumt wird; vgl. auch Seidel, Allg. Teil BGB, § 17, S. 44.

Verpflichtung erst dann eintreten zu lassen, wenn er mit einem sicheren Vertragsabschluß rechnen darf.

III. Funktion und Bedeutung der Werbung im formularmäßigen Vertragsabschlußverfahren und im organisierten Warenabsatz

Zur Bewertung der Klausel "Freibleibend" sind auch noch die werbetechnischen und werbepsychologischen Folgen der Phasenverschiebung zu untersuchen; dies unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Werbeveranstaltung im vertraglichen Nahbereich, also unter dem Gesichtspunkt des Individualschutzes, und dies weiter unter dem Gesichtspunkt der Verwässerung des Vertragsabschlußtatbestandes durch werbemäßige Methoden, also unter dem Gesichtspunkt des Institutionsschutzes, §§ 138 BGB, 1 UWG, 823 Abs. 2 BGB ¹⁾.

Werbung ist die planmäßige, bewußte, jedoch nicht unmittelbar zwingende Beeinflussung des Menschen zur Herbeiführung einer möglichst großen Bereitschaft dahin, daß der Umworbene die Folgeleistung als seinen freien Willensentschluß empfindet ²⁾. Die hier in Betracht kommende Wirtschaftswerbung befaßt sich mit dem Vertrieb. In ihren Zielsetzungen unterscheidet sie sich von der innerbetrieblichen Werbung, die

1) Vgl. Urt. AG Frankfurt a.M. v. 14.12.1962, BB 1963, S. 1314 Nr. 1983; wie das LG Essen - Urt. v. 26.8.1963, BB 1963, S. 1315 Nr. 1986 - in diesem Zusammenhang hervorhebt, kann aus § 1 UWG kein unmittelbarer Rechtsschutz für den Einzelvertragspartner hergeleitet werden, es ist Sache der Wettbewerber, den unlauter Werbenden zu belangen. Eine Irreführung nach § 4 UWG muß unmittelbar die Ware betreffen, im übrigen "bezweckt diese Vorschrift unmittelbar allein den Schutz des Verbrauchers". OLG Köln, BB 1964, S. 1101 Nr. 1619; jedoch ist gegebenenfalls § 1 UWG Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs. 2 BGB, vgl. BGH, NJW 1959, S. 675; BGHZ 15/338 (355).

2) Kropff, Angewandte Psychologie u. Soziologie in Werbung u. Vertrieb, S. 22/23; 73/74; Bussmann-Droste, Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, 1951, S. 11 ff; Manfred Thümmel, Werbung und Wettbewerb, Jur. Diss., 1960, S. 29 ff.

der Produktion und der Menschenführung im Betrieb zugeordnet ist, und von den public relations, die der Unternehmungsführung und der Werbung um öffentliches Vertrauen für das Gesamtunternehmen zugeordnet sind ¹⁾. Die Wirtschaftswerbung erstrebt eine Steigerung des Verkaufs und Umsatzes zur Schaffung eines Massenabsatzes als Voraussetzung für eine Massenproduktion. Das Werbeprogramm der Wirtschaftswerbung zieht in erster Linie das "Bekanntmachen" und das "Kaufinteresse-
wecken" vor, jeweils modifiziert für den Massenabsatz auf dem anonymen Nachfragemarkt. "Bekannt-machen" und "Interesse-
wecken" in diesem Sinne bedeuten, die Aufmerksamkeit durch adäquate Werbeappelle auf das Werbeobjekt zu lenken, so daß schließlich die Aktivreaktion hervorgerufen wird ²⁾. Nach der klassischen ³⁾ Werbe-Wirkkette ⁴⁾ läuft der Vorgang wie folgt ab:

<u>A</u> ttention	-	Aufmerksamkeitserregung
<u>I</u> nterest	-	Interessenerregung
<u>D</u> esire	-	Wunscherregung
<u>A</u> ction	-	Auslösen der gewünschten Handlung

Hierbei werden verschiedene Werbeträger eingesetzt, wie z.B. Schaufensterreklame, Produktform, Verpackung, Werbefilm, Flugblatt usw. Im "Charakter" und in der Werbewirksamkeit ihres Werbeappells weisen die einzelnen Werbeträger erhebliche Unterschiede auf. Der Werbeappell des "freibleibenden Angebots" ist als mittelbare ⁵⁾ Werbemaßnahme einzustufen, weil hier das Interesse des Verkäufers auf Vertragsabschluß im Vordergrund steht und nicht etwa werbemäßige Effek-

1) Vgl. Schaubild bei Kropff, a.a.O., S. 125.

2) Kropff, a.a.O., S. 15 ff.; Bussmann-Droste, a.a.O., S. 11.

3) Ludwig v. Holzscher, Psycholog. Grundlagen der Werbung, 1956, S. 109 ff.; Kropff, a.a.O., S. 15.

4) Merkwort: "Aida".

5) Bussmann-Droste, a.a.O., S. 11.

te; seine Stellung im vorbereitenden Stadium der Kundmachung und Information bei einem formularmäßigen Abschlußverfahren und seine werbemäßig bevorzugte Stellung kurz vor der avisierten Wirkphase "action" verleihen dem "freibleibenden Angebot" ganz besondere werbliche Qualifikationen. Zwar dienen freibleibende Angebote auch der Aufmerksamkeitserregung, der Interessenerregung und der Weckung der Kaufinitiative wie alle anderen unmittelbaren und mittelbaren Werbeträger wie Anzeige, Fernsehen, Rundfunk, Plakatanschlag, Prospekte, Drucksachen und Ausstellung. Letztere sind indes insgesamt nur Vorläufer des unmittelbar zum Kaufabschluß initiiierenden "freibleibenden Angebots" und erschöpfen sich in reinen Werbefunktionen.

Weitere werbemäßige Qualifikationen des freibleibenden Angebots sind die umfassende Information und seine Kontaktnähe zum Käufer ¹⁾, seine an die Stelle des persönlichen Verkaufsgesprächs tretende Willensbeeinflussung und Vertrauenswerbung ²⁾. Der freibleibend Anbietende stellt Wesen und Vorzüge seiner Ware heraus, indem er seinem freibleibenden Angebot Unterlagen beifügt, wie Abbildungen, Zeichnungen von Maschinen oder Maschinenteilen, Handskizzen, Maßskizzen, Fundamentzeichnungen, Diagramme, graphische Schaubilder, Photographien, Modelle, Schnittmodelle, Beschreibungen, Gewichts-, Maß- und Leistungsangaben ³⁾. Gleichzeitig macht er auf Ver-

1) Gloor, Neue Handelsformen - neue Werkformen, Der Volkswirt, Beilage zu Heft 21/1961, S. 16.

2) Selbst beim zunehmenden "Vertretergeschäft" - vgl. Umfrage zur Rationalisierung, S. 15 f. - ist das der Fall mangels Sachkunde des eingesetzten Personals. Friedrichs, Verkaufswerbung, § 2, S. 14 ff.

3) Dieses reichhaltige Informationsmaterial erreicht bisweilen derartige Sonderkosten, daß die Klausel eingeführt wird: "Erste Angebote werden in der Regel kostenlos abgegeben", oder: An den Kostenanschlägen, Zeichnungen und anderen Unterlagen behält sich der Lieferer Eigentums- und Urheberrecht vor; sie "dürfen Dritten nicht zugänglich gemacht werden".

günstigungen aufmerksam, auf Preisgestaltung, Preisnachlässe, Sonderveranstaltungen, Nebenleistungen, Sonderleistungen in der Zahlungsweise, Lieferungsart, Nichtberechnung von Verpackung und Versendung, Umtauschmöglichkeiten und Garantiezeiten, aber auch auf Wirtschaftlichkeit, Arbeitersparnis, Zeitersparnis oder Energieverbrauch. So heißt es z.B. in den AGB eines Teppichhauses: "Besondere, über den Auftrag hinausgehende Arbeiten wie Dekorationsarbeiten usw. werden zu angemessenen Preisen in Rechnung gestellt". Das heißt, alle im Zusammenhang mit dem Auftrag zur Lieferung eines Teppichs stehenden Arbeiten werden nicht besonders berechnet. Innenarchitektonische Beratung und Hinweise für eine harmonische Raumgestaltung einschließlich Hausbesuch sind im Kundendienst eingeschlossen. Bei einer Vertriebsgesellschaft für Kühlschränke heißt es: "Lieferung frei Haus. Die Firma N übernimmt die Garantie für das Kühlaggregat auf die Dauer von fünf Jahren. Während der Garantie auf die elektrische Anlage erfolgt bei Spannungsänderung kostenloser Umbau". Oder an anderer Stelle: "Niedrige Nutzungsgebühren für Leihverpackung".

Das Hauptanliegen moderner Werbung, individuelle Geschäftsbeziehungen zu schaffen und zu pflegen ¹⁾, führt in vielen Fällen gleichzeitig dazu, das freibleibende Angebot individuell auf die Bedürfnisse des anfragenden Käufers abzustellen. Damit wird in besonderem Maße eine Kontaktnähe zum Käufer hergestellt, wie sie die meisten Werbeträger, wie z.B. das Inserat, vor allem wegen zu hoher Kosten und zu wenig "handfester Werbeargumente" nicht zu erreichen vermögen ²⁾.

1) Vgl. Kropff, a.a.O., S. 68.

2) Kurt Iversen, Direkt-Verkauf, 2. Aufl., S. 61 ff., rät aus diesen werblichen Gründen von geschäftsmäßigen Verkaufsanzeigen ab; vgl. auch Friedrichs, Verkaufswerbung, S. 16. Korte, "Die Revolution der Sägemaschine" in der Wochenschrift "Die Zeit" 1961, Nr. 53 Nr. 20; "verlängerter Arm des Anbieters".

Bei der abschließenden Bewertung der Werbefunktion des freibleibenden Angebots sind seine genannten Sekundärrollen hinreichend zu würdigen, insbesondere auch seine gleichzeitig wahrgenommenen Funktionen für die Werbung und für das Vertragsabschlußverfahren.

Ausgangspunkt für eine Bewertung der Absatzwerbung ist unser freiheitliches Wirtschaftssystem, grundgesetzlich gewährleistet im Ausspruch der allgemeinen Entfaltungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, bestätigt in § 1 der Gewerbeordnung. An Stelle einer staatlich gelenkten Verbraucher- oder Marktangebotsinformation ist unter der freien Marktwirtschaft, entsprechend dem Prinzip des uneingeschränkten Wettbewerbs, jede informative und selektive Markttätigkeit der freien Werbung überlassen. Für die Käuferseite wird der Angebotsmarkt größtenteils erst im Wege der privaten Wirtschaftswerbung transparent. Deswegen hat das freibleibende Angebot wesentlichen Anteil an einer Käuferinformation überhaupt und insbesondere an einer vertragsreifen Information, die den Käufer in den Stand versetzt, das Leistungsangebot qualitativ im Wege des Vergleichens mit anderen Angeboten zu prüfen.

Die allgemeine Entwicklung in der Werbung zeigt, daß die Wirtschaft von den liberalistischen hard-selling-Werbemethoden der Jahrhundertwende längst abgekommen ist, wofür nicht zuletzt die §§ 3, 4 und 5 UWG Zeugnis ablegen. Heute wirbt man nach dem Grundsatz "Truth in advertising" oder "Wirk wahr" ¹⁾, und dies nicht nur als ein Gebot der Moral, sondern auch der geschäftlichen Klugheit. In Übereinstimmung mit dieser Entwicklung erweist sich das freibleibende Angebot auch ausschließlich als rationale Werbebotschaft und als "stiller rationaler Appell" im Sinne einer Understatement - Werbepolitik; denn das freibleibende Angebot ruft nicht, jedenfalls

1) Rationale Betriebswirtschaft Bd. III, Gruppe 1o A 2.

nicht unmittelbar ¹⁾, unbewußte Reaktionen, Triebe, Kaufwünsche hervor, vielmehr richtet es sich im Rahmen seiner ohnehin schon nicht primären ²⁾ Werbefunktion an den kritischen Verstand und die rechnerische Natur des homo oeconomicus ³⁾.

Die Gefahr, daß Marktinformationen der Absatzwerbung kritiklos aufgenommen werden, ist gering. So weit neuerlichen Ergebnissen der Konsumforschung gefolgt werden kann, haben diese ergeben, daß der Durchschnittskonsument gegenüber rationalen Werbeargumenten aufgeschlossen ist, daß er kritisch prüft und vergleicht. Berücksichtigt man auf Grund der Feststellungen zur Phasenverschiebung, daß sich die Stärke des Käufers im formularmäßigen Abschlußverfahren auf den Zeitpunkt der kritischen Wahl vor, nicht bei Vertragsabschluß verschoben hat, so ist insgesamt diese informative Stärkung der Käuferposition sehr willkommen.

Somit schafft das freibleibende Angebot für den Unternehmer keine einseitigen werblichen Vorteile zu Lasten des Käufers. Vielmehr liefert das freibleibende Angebot dem Käufer wesentliches Material zur Information und zum Warenvergleich.

Somit kann abschließend festgestellt werden, daß von der werblichen Seite des freibleibenden Angebots her keine unzu-

1) Auch wenn hier nach rationalen und emotionalen Motiven unterschieden wird, soll damit eine wechselseitige Reflexwirkung, vor allem vom Rationalen zum Emotionalen, vgl. Kropff, a.a.O., S. 130, nicht unterschlagen werden. Die emotionale Assoziation des Produktbildes bei einer vom Werber rational gestalteten Werbebotschaft läßt sich bei der komplizierten Mechanik der Motivationen niemals ganz ausschalten.

2) Da kein ausschließlicher oder überwiegender Werbezweck vorliegt, ist es kein totales Werbemittel, sondern nur ein Teilwerbemittel, Rationale Betriebswirtschaft, Bd. 3 Gruppe 10 C I 3.

3) Kropff, a.a.O., S. 196 ff., 207 ff.

lässige Überlagerung des in seinem Kernpunkt werbeindifferent zu haltenden Vertragsabschlusses zu befürchten ist ¹⁾.

§ 11 Ergebnis der Inhaltskontrolle zur Klausel "Freibleibend" in Vertragsabschlußklauseln

Die Klausel "Freibleibend" im Vertragsangebot ist die meistverbreitete Vertragsabschlußklausel. Sie hat im Laufe ihrer Entwicklung eine allgemeine Verkehrsbedeutung dahin erlangt, daß sie dem Anbieter bei einem im übrigen perfekten Vertragsangebot die volle Handlungsfreiheit in weitestem Umfang bewahrt. Nur bei Hinzutreten verdichteter Vertragsbeziehungen wird dem freibleibend Anbietenden unter besonderen Umständen eine Antwortspflicht auferlegt.

Ist beim freibleibenden Angebot die rechtzeitige Einführung der AGB versäumt worden und wird diese in der Annahmeerklärung der Auftragsbestätigung nachgeholt, so vermag die Vorschrift des § 150 Abs. 2 BGB den Einzelvertragspartner zu schützen. Gleiches gilt für eine nachträgliche Aufnahme solcher Vereinbarungen, die den Pflichtenkreis des antragenden Käufers belasten oder erweitern, es sei denn, der Einzelvertragspartner selbst hat dieser Erweiterung zugestimmt, etwa durch Vertragserfüllung.

Beim Vergleich der gesetzlichen Regelung des Vertragsabschlußverfahrens mit dem Marktmechanismus zeigten sich Phasenverschiedenheiten, welche nunmehr durch die Klausel "Frei-

1) Beispielsweise sei nur auf die Wettbewerbsregeln Deutscher Makler verwiesen (Bekanntmachung Nr. 57/62 im Bundesanzeiger 1962 v. 5.7.1962 Nr. 124, abgedruckt in WRP 1963 S. 390); dort werden in Ziff. 2, 3, 6 und 7 sachliche, richtige, vollständige, klare und unmißverständliche Angaben in der Werbung als Wettbewerbsregel aufgestellt. Das Bundeskartellamt hat in diesem Zusammenhang die Beratungstätigkeit der Makler gegenüber den Kunden nachdrücklich gewürdigt (Entscheidung des Bundeskartellamtes v. 19.8.1963, WRP a.a.O.).

bleibend" im Vertragsangebot zugunsten des wirtschaftlichen Ablaufs gleichgeschaltet worden sind. Eine Bewertung dieser Verschiebung nach der einschlägigen juristischen Dogmatik führte zu keinen Beanstandungen. Die eingetretene Störung des Interessenausgleichs erscheint gerechtfertigt: Es wurde festgestellt, daß mit der breiten Einführung des freibleibenden Angebots in den Marktmechanismus für alle Marktteilnehmer günstige Folgen verknüpft sind: für den Unternehmer insbesondere Rationalisierungseffekte in Absatz und Vertrieb, für die Käuferseite bessere Informationsmöglichkeiten über die Leistungsangebote.

Die Verwendung des freibleibenden Angebots als Werbeträger der Wirtschaftswerbung erscheint unbedenklich. Die Gefahr werbetechnischer Tricks im Nahbereich rechtlich relevanter Vertragserklärungen oder irgendeiner Determinierung des freien Kaufentschlusses ist nicht gegeben.

2. Abschnitt: Die dem Antragsteller durch die AGB auferlegte Gebundenheit an seinen Vertragsantrag

§ 12 Erscheinungsformen der Klauseln über die Gebundenheit des Antragstellers

Diese Klauseln verfolgen den Zweck, die zeitliche Normalfrist der in § 147 Abs. 2 BGB gesetzlich normierten Gebundenheitsdauer zu verlängern. Dies geschieht in aller Regel durch AGB-mäßige, ausdrückliche Fristverlängerung, etwa in folgender Weise: "Mit Aushändigung des unterschriebenen Bestellscheins an die Fa. N.N. oder deren Vertreter ist der Besteller an den Auftrag gebunden. Die Bindung entfällt, wenn der Auftrag nicht innerhalb vier Wochen nach Unterzeichnung seitens der Fa. N.N. bestätigt oder ausgeführt ist". Oder: "An den umseitigen Auftrag hält sich der Besteller gebunden. Der Auftrag erlischt, falls die Verkäuferin nicht spätestens sechs Wochen nach Auftragserteilung den Auf-

trag schriftlich bestätigt hat". Oder: "Die umseitige Erklärung des Kaufwilligen stellt eine Bestellung dar, an die der Besteller jedoch gem. § 145 BGB gebunden ist. Die Ablehnung der Bestellung seitens der Lieferfirma kann nur schriftlich erfolgen und zwar lediglich innerhalb einer Frist von 8 Tagen, gerechnet vom Ausstellungstag des Bestellscheins, sofern nicht vorher geliefert ist oder die Annahme der Bestellung schriftlich erfolgt sein sollte. Auf eine an ihn gerichtete ausdrückliche Annahmeerklärung verzichtet der Besteller gem. § 151 BGB". Neben solchen, die gesetzlichen Gebundenheitsfristen fast nur wiederholenden Klauseln finden sich jedoch, wie bereits am ersten Beispiel gezeigt, in überwiegender Anzahl solche Bedingungen, welche die nach den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehene Bindungsdauer um ein Vielfaches ausdehnen. Z.B. heißt es: "Der Antragsteller ist 6 Wochen an seinen Antrag gebunden. Der Vertrag kommt mit der Annahme des Antrags zustande. Die Annahme des Antrags wird schriftlich mitgeteilt. Das Datum dieser Mitteilung gilt als Zeitpunkt der Vertragsannahme (Vertragsbeginn)". In dieser oder ähnlicher Form werden unter Benutzung folgender Zeiteinheiten folgende Fristen am häufigsten angeordnet: zwei Wochen, drei Wochen, vier Wochen, sechs Wochen; 9 Tage, 10 Tage, 30 Tage, 90 Tage. Die Spanne der angeordneten Bindungsdauer reicht also von 8 Tagen bis zu 90 Tagen. Die größte Häufigkeit wurde bei einer Frist von 4 Wochen festgestellt.

Müller-Henneberg gelangt in seiner rechtsvergleichenden Untersuchung über Geschäftsbedingungen in der europäischen Papierindustrie ¹⁾ für Deutschland zu gleichen Ergebnissen. Für Italien ermittelt Müller-Henneberg eine Bindungsdauer von vergleichsweise etwa 20 Tagen, für Österreich von vergleichsweise 5 Tagen und für Frankreich eine Bindungsdauer von vergleichsweise 8 Tagen.

1) Müller-Henneberg, Geschäftsbedingungen der europäischen Papierindustrie (Rechtsvergleichung), in Allg. Papier-Rundschau, Sonderausgabe, Frankfurt a.M. 1963.

Allerdings reichen vielfach diese ausdrücklichen Fristbestimmungen nicht zur eindeutigen Ermittlung der tatsächlichen Bindungsdauer im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB aus. Vielfach stellen nämlich die ausdrücklich genannten Gebundenheitsfristen keine endgültigen, d.h. ohne weiteres die Gebundenheit des Antragstellers beendenden Zeitläufe dar, sondern räumen dem Antragsteller nach Fristablauf ein "Rücktrittsrecht" ein. Dies wird wohl als Widerrufsvorbehalt zu interpretieren sein: Dem Antragsteller wird nach Ablauf der ausdrücklichen Bindungsdauer ohne Widerrufsvorbehalt nunmehr eine weitere unbestimmte Bindungsdauer mit Widerrufsvorbehalt auferlegt. Insbesondere bei kürzeren Fristsetzungen finden sich Zusätze, die den Anfangs- oder Endtermin der Gebundenheitsfrist in einer von der gesetzlichen Art der Fristberechnung abweichenden Weise darstellen, so daß es mitunter Schwierigkeiten bereitet, die gesamte Bindungsdauer festzustellen. Ein die Gesamtfrist verschleiender Zusatz ist z.B. folgender: "Der Käufer ist drei Wochen nach Eingang des Auftrages an seinen Kaufantrag gebunden". Hier sind also in Wahrheit zwei Tage der Übermittlung des Auftrags an die entscheidende Zentrale (Geschäftsherrn) hinzuzurechnen. Teilweise findet sich dieser Zusatz noch in Verbindung mit dem Verzicht nach § 151 Satz 1 BGB, so daß sich hieraus insgesamt eine Fristverlängerung von etwa 4 Tagen ergibt, sofern die Fristbestimmung im formularmäßigen Antrag nicht aus anderen Gründen als Bindungsdauer i.S.v. § 147 Abs. 2 BGB zu verstehen ist (einheitliche Gesamtdauer einschließlich beider Zugangsfristen) und auch nicht als Bestimmung der Annahmefrist i.S.v. § 148 BGB (Überlegungsfrist plus Zugangsfrist der Annahmeerklärung).

Ähnliche Unklarheiten bestehen in den Fällen, in denen dem Verkäufer "ein Ablehnungsrecht" des Kaufantrags eingeräumt wird. Will der Verkäufer ablehnen, ist eine Ablehnungsfrist zu wahren durch Aufgabe der Ablehnungserklärung zur Post innerhalb der Ablehnungsfrist. Ist nun beispielsweise

eine Ablehnungsfrist von drei Wochen festgelegt, so wäre zu dieser Frist nach dem Wortlaut der AGB-Regelung noch die Zugangsdauer von 2 Tagen hinzuzurechnen, um in exakter Weise die Bindungsdauer des Antragstellers festzustellen. Hinzu kommt noch, daß nach der Formulierung dieser Klauseln das Zugangsrisiko, d.h. das mögliche Nichtzugehen der nachweislich abgesandten Ablehnungserklärung auf den Antragsteller abgewälzt wird ¹⁾.

In einem anderen Fall wird bei der Bindungsdauer des Antragenden von 90 Tagen dem Antragenden immerhin das Recht eingeräumt, den Verkäufer zur Entscheidung aufzufordern. Sofern sich dieser nicht innerhalb von 14 Tagen erklärt, gilt sein Schweigen als Ablehnung des Auftrages. Manche AGB binden den Antragsteller auf unbestimmte Dauer, d.h. "bis zum Eingang einer sachlichen Antwort" oder "bis zur Absendung der Annahmeerklärung innerhalb angemessener Frist". Oder die Bindung des Käufers dauert bis zum Eingang einer - positiven oder negativen - Antwort des Lieferanten an (Lieferantenbestätigungsvorbehalt) ²⁾. Über einen Endtermin dieser so ausgedrückten Bindungsdauer, über eine Pflicht des Antragsempfängers zur Weiterleitung der Lieferantenantwort oder über einen Widerrufsvorbehalt zugunsten des Antragstellers ist nichts aufgenommen.

Gerade an diesem letzten Beispiel lassen sich typische Erscheinungen und Behandlungsweisen der Gebundenheit erkennen: Der Ausdruck Bindungsdauer wird allgemein und ohne Rücksicht darauf verwandt, ob er eine feste Begrenzung und die Summe sämtlicher Zeitfaktoren enthält. Es wird also von der Gebundenheit auch immer dann gesprochen, wenn zugleich eine Frist angeordnet ist, die erkennbar nur eine Überle-

1) Die Beweislast für fristgerechte Antragsannahme obliegt normalerweise dem Antragsempfänger, RG SA 66, 352.

2) Vgl. BGH Urt. v. 10.7.1961, NJW 1961, S. 1862, besprochen von Hepp, BB 1964, Nr. 582, S. 371 ff.

gungs- und Bearbeitungsfrist darstellt.

§ 13 Formularmäßiger Vertragsantrag und Bindungsdauer

Eine Inhaltskontrolle der dem Antragsteller-Käufer formularmäßig auferlegten Bindungsdauer richtet sich entscheidend danach, ob ein Vertragsantrag unter Abwesenden vorliegt (§§ 145, 146, 147 BGB i.V.m. § 130 BGB ¹⁾).

Der Unterschied des Vertragsabschlusses unter Anwesenden von dem unter Abwesenden besteht nach herrschender Ansicht ²⁾ darin, daß beim Vertragsabschluß unter Anwesenden ³⁾ sofort eine Annahmeerklärung möglich ist und erwartet wird. Entscheidend für diese Beurteilung ist nicht der Standpunkt dieses oder jenes Vertragspartners, sondern Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Beim formularmäßigen Vertragsabschluß wird der Antrag in aller Regel bereits schriftlich gestellt, entweder in vorformulierter Form als Bestellschein oder als schriftliche Auftragserteilung, für die aber Gebundenheitsklauseln gleichwohl, etwa auf Grund bestehender Geschäftsbeziehung, zur Anwendung kommen können. Verschiedentlich ⁴⁾ wird nun für alle Fälle der schriftlichen Antragstellung die einfach zu handhabende Regel aufgestellt, ein Vertragsantrag unter Abwesenden liege auf jeden Fall schon immer dann vor, wenn ein schriftlicher Antrag über-

1) Zur Anwendung der §§ 130 ff. BGB auf Verträge vgl. Staudinger-Coing, § 130 Rdnr. 16.

2) Vgl. Achilles-Greif, § 147 Anm. 1, § 130 Anm. 3; RGZ 961 276; RG SA 59, S. 387/8 Nr. 218.

3) Was voraussetzt, daß sich die Vertragsparteien persönlich oder durch bevollmächtigte Stellvertreter gegenüberstehen, RG SA 59, S. 388.

4) Vgl. Hohn, BB 1963 Nr. 471 S. 273 ff.; RGZ 83, 104 ff., 106; BGB-RGRK § 147 Anm. 4.

reicht wird. Demgegenüber ist nach herrschender Lehre ¹⁾ darauf abzustellen, ob der Empfänger Verfügungsgewalt erlangt hat. Empfänger ist aber der Adressat ²⁾ der Antragserklärung und nicht schon der insoweit mit Botenfunktionen beauftragte "Vertreter". Aber selbst wenn der schriftliche Vertragsantrag bereits dem entscheidungsbefugten Adressaten übergeben wird, kann sich aus der Schriftlichkeit des Antrags die Notwendigkeit einer längeren Überlegungsfrist ergeben, was den Antrag zu einem Antrag unter Abwesenden stempelt ³⁾. Insgesamt folgt daraus, daß die Formel schriftlicher Vertragsantrag = Antrag unter Abwesenden nicht in jedem Falle zutrifft. Im Formularverkehr kann sie dagegen durchweg Geltung beanspruchen, da auf sie in aller Regel beide Voraussetzungen zutreffen: Notwendigkeit der Weiterleitung des Antrags an den entscheidungsbefugten Adressaten und Notwendigkeit einer längeren Überlegungsfrist ⁴⁾.

Für den bürokratisch organisierten Geschäftsverkehr mit Instanzenzug bedeuten diese Voraussetzungen, daß für die Berechnung der Bindungsdauer - soweit sie das Stadium des Zugangs des Vertragsantrags betrifft, §§ 147 Abs. 2, 130 BGB - die geschaffenen und bekanntgegebenen Empfangsvorkehrungen der Adressaten die maßgebliche Berechnungsgrundlage darstellen. Bei der konkreten Berechnung muß davon ausgegangen wer-

1) Enneccerus-Nipperdey, S. 666/667; Staudinger-Coing, § 130 Rdnr. 3 ff.; Böhle-Stamschräder-Groepper, § 147 Anm. 6; Koehler, Orderkopie und Bestellschein, S. 33 (III 2 b) und S. 40 (III 4 a.A.); Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 322; RGZ 58, 406; 61, 415; 99, 22; Übersicht bei Hohn, BB a.a.O.

2) Hierzu vgl. insbesondere: RGZ 61, 414.

3) Vgl. RGZ 83, 104 ff., 106; dieses Kriterium gewinnt z.B. dann Bedeutung, wenn der schriftliche Vertragsantrag einem Vertreter mit Abschlußvollmacht übergeben wird, §§ 147, 164 Abs. III BGB.

4) RG JW 1914, S. 46/61; RG in Gruchot 67, S. 194; RG in SA 59, Nr. 218, S. 387/8; Staudinger-Coing, § 130 Rdnr. 1; Soergel-Siebert-Mezger, § 147 Rdnr. 9; BGB-RGRK § 147 Anm. 4.

den, daß der Antragsteller über die einzelnen Instanzen der jeweiligen betrieblichen Absatzorganisation nicht aufgeklärt worden ist. Dennoch wird - gleichviel, ob betriebsfremde oder betriebseigene Abschlußorgane tätig geworden sind - dem Antragsteller in jedem Falle klar geworden sein, daß sein Antrag an eine entscheidungsbefugte Instanz weiterzuleiten ist. Demnach kann die Übergabe des Antrags an das Abschlußvermittlungsorgan nur als Empfangsvorkehrung im oben erwähnten Sinne verstanden werden. Mit Übergabe an das Abschlußvermittlungsorgan beginnt aber oft erst eine Kette von gestaffelten Empfangsvorrichtungen.

Als Ergebnis kann festgestellt werden: Der formularmäßige Vertragsantrag ist ein Antrag unter Abwesenden. Trotz Übergabe ¹⁾ an das empfangsbefugte Vermittlungsorgan sind in der Regel zur Berechnung der Bindungsfristen normale postalische Beförderungszeiten hinzuzusetzen. Nur wenn dem Antragsteller besondere, verlängernde oder verkürzende Beförderungsumstände bekannt sind, darf er diese seiner Erwartung gem. § 147 Abs. 2 BGB zugrunde legen.

§ 14 Bewertung der Klauseln über die Bindungsdauer

Mehr als an anderen Stellen in Vertragsabschlußklauseln bietet die im Gesetz dispositiv geregelte Bindungsdauer dem vorformulierenden Verkäufer Gelegenheit, jeden Ausfall und jedes Unternehmerrisiko bei Eingehung vertraglicher Bindungen auszuschließen. Die Rückendeckung geschieht mit Hilfe der im voraus einseitig ausgedehnten Bindungsdauer des Antragstellers ²⁾.

Hierbei besteht die Gefahr, daß die festgelegte Ausdehnung der Bindungsfristen weder vom Willen der Antragenden gedeckt ist, noch von sachlich rechtfertigenden Umständen ge-

1) Dieser Zeitpunkt ist also nur als Kriterium für den Übergang des Transportrisikos von Bedeutung.

2) Vgl. Lange, Allg. Teil BGB, § 39 II 4, S. 245.

tragen wird, die dem Antragsteller zumindest zur Einsicht offengelegt worden sind ¹⁾. Weiterhin ist zu befürchten, daß die Ausdehnung der Bindungsfristen gegen tragende Grundgedanken des Vertragsabschlußverfahrens verstößt, und zwar gegen die Grundsätze, daß aus Gründen der Rechtssicherheit der Vertragsabschluß beschleunigt abzuwickeln ist, daß schwebende Rechtszustände möglichst bald zu beenden sind, und daß die wirtschaftsmotorische Kraft des Vertragsabschlusses durch willkürliche Verzögerungen im Vertragsabschlußverfahren nicht gehemmt werden darf.

Demgemäß ist eine Inhaltsbegrenzung aus den gesetzlichen institutionellen Strukturprinzipien des Vertragsabschlußverfahrens einschließlich der einschlägigen, dispositiven Normen zu versuchen. Im Anschluß und im Vergleich zu den bis dahin gewonnenen Ergebnissen soll die beiderseitige Interessenlage geprüft werden.

I. Bewertung nach Optionsrecht

Die Gesetzesregelung der Bindungs- und der Annahmefristen trägt dispositiven Charakter ²⁾. Somit ist der Weg zur Heranziehung der einschlägigen dispositiven Normen der §§ 145 ff. BGB erst dann eröffnet, wenn sichergestellt ist, daß sich von anderer Seite keine spezifischen Bewertungsunterlagen auffinden lassen. Im letzteren Sinne bietet sich eine Beurteilung nach Optionsrecht ³⁾ an.

In Anlehnung an die Unterscheidung von Larenz ⁴⁾ ist vorweg zu prüfen, ob es sich bei der formularmäßigen Bestimmung

1) RGRK-BGB, § 147 Anm. 7.

2) Soergel-Siebert-Mezger, Komm. BGB § 147 Rdnr. 5; BGB-RGRK, Vorbem. 3 vor § 145.

3) Vgl. Cartellieri, Die Option (Rechtsgutachten) in BB 1948, S. 162 ff., insbes. auch Fußn. 8. Cartellieri spricht beispielsweise von einer Überlegungsfrist von 2 Jahren.

4) Larenz, Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen, Betrieb 1955, S. 209 ff., 211.

der Bindungsdauer um ein Gestaltungsrecht handelt, durch dessen Ausübung der Berechtigte das gewünschte Rechtsverhältnis unmittelbar selbst herbeiführt ¹⁾, oder ob es sich um ein Forderungsrecht handelt, vermöge dessen der Berechtigte vom Verpflichteten den Abschluß des Hauptvertrages verlangen kann ²⁾. Im ersteren Falle ist das "Optionsrecht" als bindende Offerte zu behandeln, und nur im zweiten Fall liegt eine eigentümliche Optionsvereinbarung vor. Die formularmäßigen Regelungen legen unmittelbar die Dauer der Gebundenheit des Antragstellers fest und gewähren dadurch dem annehmenden Vertragsteil das unmittelbar wirkende Gestaltungsrecht, den Vertragsabschluß herbeizuführen. Demnach liegt eine Optionsvereinbarung nicht vor.

II. Bewertungsgrundsätze und Bewertungsmaßstäbe an Hand der dispositiven Gesetzesregelung und der dogmatischen Auswertung

Als Ansatzpunkt für die Bewertung könnte hier daran gedacht werden, den nach der dogmatischen Auswertung als Wesensmerkmal jeder Vertragserklärung erkannten festen Vertragsabschlußwillen fruchtbar zu machen. Über diesen Weg könnte indes allenfalls erreicht werden, daß beim aufstellungsverantwortlichen Verkäufer ein fester Vertragsabschlußwille verneint wird, falls er übermäßig lange Bindungsfristen festlegt. Eine solche Feststellung bliebe jedoch für die Untersuchung unerheblich, da nach dem hier zugrunde gelegten Modellfall regelmäßig der Verkäufer die AGB einführt und bis zur Antragstellung durch den Käufer noch keinen Vertragswillen äußert, gegen den sich eine Sanktion wegen fehlenden Vertragsabschlußwillens richten könnte. Auf der anderen Seite kann auch dem Antragsteller kein fehlender Vertragsabschluß-

1) So insbes. Lehmann, Allg. Teil BGB, § 33 III 4, S. 230.

2) Vorvertragstheorie, vgl. Cartellieri, a.a.O., S. 163; vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrb. Bd. II, § 161 II 1, S. 990; Staudinger-Coing, Kom. BGB, Vorbem. zu § 145 Rdnr. 21 b.

wille angelastet werden, da er nicht Urheber der AGB ist und nicht den Vertragsabschluß absichtlich hinauszögert und in der Schwebe hält. Gegen seinen festen Vertragsabschlußwillen ergeben sich keine Einwände.

Infolgedessen ist auch hier zur Gewinnung arbeitsfähiger Kontrollmittel auf das eingangs der Arbeit erörterte Inhaltskontrollverfahren zurückzugreifen. Die Grenzen sind im einzelnen aus dem institutionellen Gehalt der einschlägigen Normen zu ermitteln unter Beachtung der beiderseitigen Interessenlage. Methodisch ist demnach so vorzugehen, daß bei Prüfung der gesetzlichen Regelung das Mindestmaß an funktionell (d.h. zur Erhaltung des festen Vertragsabschlußwillens des Antragstellers) notwendiger Gebundenheit gegenüber dem Höchstmaß an einseitiger und einseitig festgelegter Belastung abzuwägen ist.

Die gesetzliche dispositive Regelung setzt keine durch bestimmte Zeiträume ausgedrückte Fristen, innerhalb derer die Antwort eingetroffen sein muß. Wie aus den Beratungen dieser Bestimmungen im Reichstag hervorgeht, hat man bewußt eine elastische Lösung angestrebt.¹⁾ Die in § 145 BGB ausgesprochene Gebundenheit des Antragenden findet, abgesehen von den Ausnahmen nach § 151 S. 2 BGB und nach § 148 BGB, in § 147 Abs. 2 BGB ihre nähere Bestimmung. Die Verbindung zwischen § 145 BGB und § 147 Abs. 2 BGB wird durch § 146 BGB hergestellt. Nach § 147 Abs. 2 BGB ist der Antragsteller so lange gebunden, wie der Annehmende den Umständen nach zur Vertragsannahme benötigt. Das Gesetz versteht also in §§ 145, 148, 147 BGB die Bindungsdauer als einheitlich zu rechnende Zeitspanne von der Abgabe des Vertragsantrages bis zu dem Zeitpunkt, innerhalb welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Die Frage, wie lange im Einzelfall der Erklärende an seinen Antrag gebunden ist, entscheidet sich nach der Gestaltung der normalen Verhältnisse, aus dem Inhalt seiner Erklärungen, der gewähl-

1) Prot. S. 75 ff.

ten Beförderungsart und anderem mehr. Im Normalfall könnte man die Dauer der Gebundenheit des Antragenden etwa wie folgt ansetzen:

- a) Beförderungszeit des Vertragsantrages: 2 Tage ¹⁾
- b) Überlegungsfrist dem Empfänger: 1 bis 2 Tage
- c) Beförderungsfrist der Annahmeerklärung: 2 Tage

Dies ergibt also für den Normalfall eine Gesamtfrist von 6 Tagen ²⁾. Für eine Bewertung der formularmäßig festgelegten Gebundenheitsfristen ist nun aufschlußreich, daß eine Ausdehnung der normalen Gesamtfrist weder in Punkt a) noch in Punkt c) ihre Berechtigung finden kann. Aus diesen beiden Punkten können sich nach der einschlägigen Rechtsprechung zur Wahl des Korrespondenzmittels ³⁾ allenfalls noch Verkürzungen ergeben. Hat nämlich der Antragende telegraphisch übermittelt, so muß der Empfänger annehmen, daß für die Antwort ein entsprechendes Korrespondenzmittel erwartet wird, auch wenn die Dringlichkeit aus dem Handelsobjekt oder nach der Übung der Geschäftsverbindung für den Empfänger nicht ersichtlich sein sollte. Der alleinige Ausdehnungsfaktor liegt vielmehr bei der Überlegungs- und Entscheidungsfrist des Empfängers des Vertragsantrages. Die Überlegungs- und Entscheidungsfrist des Empfängers des Vertragsantrages dient zur Prüfung des Antrages. Die Auftragsbearbeitung kann je nach Vertragsobjekt und Vertragsinhalt und je nach der Stufung der Entscheidungsinstanzen im Organisationsaufbau des einzelnen Betriebes erfordern ⁴⁾: Berechnungen technischer Daten, Kostenaufstellungen,

-
- 1) Wie neuerliche Versuche zur Ermittlung der postalischen Beförderungszeiten innerhalb des Bundesgebietes zeigten, liegt die durchschnittliche Beförderungszeit durchaus bei zwei Tagen.
 - 2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrb. Bd. II, § 161 II e b; S. 990; Lehmann, Lehrb. Allg. T., § 33 II 3, S. 225.
 - 3) RG v. 21.9.1951, RGZ 87, 141, 143; RG v. 17.10.1905, Recht 1905, 25/27; Greulich, BB 1954, 492; Philipowski, Die Geschäftsverbindung, S. 29.
 - 4) Ähnlich beschreibt auch Gutenberg die Auftragsbearbeitung: Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd II, Der Absatz. 6. Aufl., S. 30/31.

Einsicht von Büchern und Korrespondenzen, Einholung von Kreditauskünften, Prüfung von Rechtsfragen, Untersuchung von Proben, Verhandlungen mit anderen Beteiligten und Lieferanten, Einholung von Genehmigungen, ein besonderes Aufsetzen der Annahmeerklärung. Alle diese Handlungen sind innerhalb der Geschäftszeit zu erledigen. Der Samstag darf nicht mehr zu den Geschäftstagen gezählt werden ¹⁾, selbst wenn ein gewisser Teil der Betriebe am Samstag noch arbeitet. Kalendermäßig entfallen also auf 5 Geschäftstage 7 Kalendertage, auf 10 Geschäftstage 14 Kalendertage usw. ²⁾.

Als notwendige Folge der Abschlußfreiheit ist dem Antragsteller in den §§ 145 ff. BGB die Möglichkeit eingeräumt, von den gesetzlichen Regelungen abzuweichen und von sich aus auch nach eigenem Belieben Gebundenheits- und Annahmefristen zu setzen ³⁾. Dieser Dispositionsfreiheit kann im Vertragsabschlußverfahren Raum gegeben werden, weil und soweit sich der Antragsteller nach den Vorstellungen des Gesetzgebers einer Selbstbeschränkung unterzieht, von der aber auch angenommen wird, daß er sie übersieht. Der Gesetzgeber hat hier Gefahrenmomente erkannt ⁴⁾. Er hat das Schutz- und Sicherheitsbedürfnis des durch das Initiativrisiko einseitig belasteten Antragstellers hervorgehoben. Bei den Erörterungen zu den §§ 82 - 84 des Entwurfs von 1882 ⁵⁾ gewann deswegen für die Bemessung der normalen Gebundenheitsdauer der Gedanke Bedeutung, daß, wenn der Antragsteller mit seinem Antrag auch in aller Regel gleichzeitig seine Gebundenheit bewirkt, für die Beurteilung der Angemessenheit der Frist auch der

1) Vgl. Philipowski, Die Geschäftsverbindung, S. 28.

2) Diese Berechnung gilt nur für die Bearbeitung, nicht für die Zugangsberechnung, vgl. RGZ 142, 402 ff., 404, 408.

3) Vgl. BGB-RGRK § 148 Anm. 1; OLG Hamburg, OLGE 41 (1921), S. 91.

4) Prot., S. 80.

5) Mot. I, S. 168 - 170.

Standpunkt des Antragstellers von Bedeutung sein muß. Die Billigkeit erfordere, so wurde vermerkt, daß die Dauer des für den Antragsteller nicht ganz ungefährlichen Schwebezustandes von ihm übersehen und berechnet werden könne. Außerordentliche Umstände, Verzögerungen, besonders lange Bedenkzeiten sollten zu Lasten des Antragsempfängers gehen. Letztere Erwägung ist in der Regelung über die verspätete (§ 150 Abs. 1 BGB) und über die erweiterte (§ 150 Abs. 2 BGB) Annahmeerklärung zum Ausdruck gelangt. Aus den gleichen Beweggründen ¹⁾ ist die auffallend streng formulierte Vorschrift des § 148 BGB geschaffen worden, obgleich auch diese Vorschrift dispositiven Charakter trägt.

Aus den §§ 147 Abs. 2, 148 BGB läßt sich also entnehmen, daß das Gesetz die Bindungsdauer des Antragstellers nur so weit ausdehnen will, wie es die Sachumstände erfordern. Die beliebige Fristsetzung durch bloße Parteiwillkür ist vom Gesetz nur für den Fall vorgesehen, daß der Antragsteller selbst eine Frist für die Annahme des Antrags bestimmt, § 148 BGB. Demnach ist die einseitig vom Antragsempfänger formularmäßig bestimmte Bindungsdauer nicht nach § 148 BGB, sondern nach § 147 Abs. 2 BGB zu bewerten. § 147 Abs. 2 BGB stellt für eine Begrenzung der Bindungsdauer zwei Voraussetzungen auf: nur Sachumstände kommen als Ausdehnungsfaktoren in Betracht ²⁾ und diese müssen in die Erwartung des Antragstellers aufgenommen worden sein ³⁾; denn durch die Formulierung: "... in welchen der Antragende den Eingang der Antwort erwarten darf" wird deutlich, daß die Sachumstände dem Antragsteller so nahezubringen und offenzulegen sind, daß er Einsicht nehmen kann ⁴⁾.

1) Mot. S. 165.

2) Erman-Hefermehl, § 147 Anm. 6.

3) Mot. I S. 170.

4) Vgl. Lehmann, Lehrb. Allg. Teil, § 33 II 3, S. 225; Staudinger-Coing, § 147 Rd 6; Erman-Hefermehl, § 147 Anm. 5; RGZ 142, 402 ff., 404, 408; BGH IM Nr. 1 zu § 147: Es kommt nur darauf an, ob der Antragende objektiv noch mit dem Eingang rechnen durfte, nicht aber, ob er tatsächlich damit noch gerechnet hat.

Diese Ergebnisse werden durch eine vergleichsweise vorgenommene Prüfung an Hand der allgemeinen Kontrollnormen der §§ 242 und 315 BGB bestätigt: Die unbegründete Ausnützung der einseitigen Gebundenheit des Antragstellers widerspricht Treu und Glauben. Die einseitig belastende Anordnung außerordentlich langer Gebundenheitsfristen widerspricht als "Spekulation auf fremde Kosten" einer billigen Ermessensausübung, sofern die außerordentlich langen Fristen nicht sachlich gerechtfertigt sind.

Die Zulässigkeit übernormaler Ausdehnungen läßt sich im Einzelfall daran ermeszen, ob sachlich gerechtfertigte Umstände zu einer Verlängerung überhaupt und zu einer Verlängerung dieses Ausmaßes zwingen, und ob diese Umstände dem Antragenden bei Antragstellung bekannt waren oder als ihm bekannt vorausgesetzt werden durften. Umstände, die nicht schon von Natur aus geeignet sind,¹⁾ seine Bindungsdauer zu verlängern, braucht sich der Antragende nur dann als Selbstbeschränkung anrechnen zu lassen, wenn er damit rechnen mußte und sie mit Antragstellung gebilligt hat. Die Erwartung des Antragenden kann z.B. aus einer Übung oder einer Geschäftsverbindung hervorgehen, innerhalb derer bestimmte Annahmefristen üblich geworden sind²⁾; ferner kann sie auf mündlicher Information beruhen oder auch auf allgemeiner Lebens- und Geschäftserfahrung. Die Verwendung des Begriffs der Erwartung in § 147 Abs. 2 BGB spricht dafür, in diesem Punkt keine allzu großen Anforderungen zu stellen. Eine übernormale Ausdehnung der Bindungsdauer darf nur dadurch begründet sein, daß der Antragsempfänger besonders viel Zeit benötigt, um den Vertragsantrag würdigen und über eine Annahme entscheiden zu können. Die Gründe hierfür können sich im einzelnen aus pro-

1) Z.B. die Zugangsfristen, die demnach auch bei der Berechnung der Gesamtdauer relativ konstant bleiben.

2) Philipowski, Die Geschäftsverbindung, S. 28/29. Zu den Besonderheiten im Fernschreibverkehr z.B. Durchgabe wegen Überlastung erst am Abend, ebenda S. 31.

duktionstechnischen wie aus verkaufsorganisatorischen Umständen ergeben. Produktionstechnische Gründe für eine Verlängerung der Bedenkzeit können allgemein nur zugestanden werden, wenn es sich nicht um verfügbare Vorratsware handelt, so daß die Kalkulation über Materiallieferungen, Transport, Betriebsstörungen, Energieversorgung, technische Rückfragen, besondere Berechnungen und dgl. besondere Zeit benötigt. Verkaufsorganisatorische Gründe für eine Ausdehnung der Bindungsdauer betreffen die kaufmännische Erledigung des Antrags. Sie können sich z.B. beim formularmäßigen Bestell-scheinverfahren aus der besonderen, dem Antragenden bekannten Art und Weise der Weiterleitung des Antrags an die entscheidungsbefugte Instanz ergeben oder aus der verabredeten Einholung von Rückfragen oder Gutachten oder aus Nachforschungen über die Kreditwürdigkeit des Kunden bei Kreditkäufen. Als Beispiel für einen verkaufsorganisatorischen Grund sei der Fall genannt, daß eine Möbelgroßhandlung die bestellte Ware nicht auf Lager hat - in den AGB wird im Zusammenhang mit der Regelung der Gewährleistung erwähnt, daß die bestellten Möbel nachbestellt werden -, sondern sie nachbestellt. Hier muß sich der Verkäufer zunächst über die Nachbestellungen informieren, ehe er den Auftrag bestätigt, d.h. annimmt.

Diese Begrenzungskriterien bedürfen noch einer besonderen, ergänzenden Überlegung: Eine Antragsbefristung kann als Gesamtbefristung im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB vorgenommen werden, sie kann unter Fortlassung einer Zugangsdauer bestimmt werden (Annahmefrist im Sinne von § 148 BGB) oder sie kann als bloße Überlegungs- und Bearbeitungsfrist festgesetzt werden ¹⁾. Die Formularpraxis bevorzugt den letzten Weg. So ist in AGB etwa vorgesehen: "Hat der Verkäufer nicht innerhalb einer Annahmefrist von 6 Wochen den Antrag abgelehnt, so ist der Vertrag zustandegekommen; der Verkäufer hat die Frist

1) Vgl. Erman-Hefermehl, § 148 Anm. 1; BGB-RGRK, § 148 Anm. 1; Palandt-Danckelmann, § 148 Anm. 3.

eingehalten, wenn er die Ablehnungserklärung innerhalb dieser Frist abgibt" ¹⁾. Hier wird der Begriff der Annahmefrist nicht i.S. von § 148 BGB verwendet, sondern in einem noch engeren Sinn; möglicherweise wird dadurch für den Antragsteller die Berechnung seiner Bindungsdauer erschwert, und zwar durch versteckte und deswegen ggfs. unzulässige Ausdehnung der Bindungsdauer; denn der Antragsteller könnte nach Ablauf von 6 Wochen immer noch darüber im ungewissen sein, ob der Vertrag nun zustandegekommen ist oder nicht ²⁾.

Um einschlägige Bewertungsmaßstäbe für die Bindungsdauer festzustellen, ist daher zu fragen, ob sich in den Fällen der formularmäßigen Fristbestimmung etwa Gründe dafür ergeben, daß eine Fristbestimmung nur einheitlich in Form einer übersichtlichen Gesamtfrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB festgelegt werden darf. Die begriffliche Verwendung Annahmefrist oder Gebundenheit kann jedenfalls nicht beanstandet werden. Da der Begriff Bindungsdauer weder durch einen festen Gesetzesbegriff, noch durch feste Verkehrsvorstellungen ausgefüllt wird, ist eine Irreführung nicht möglich. Aber auch eine unzulässige Erschwerung in der Berechnung der Bindungsdauer scheint nicht vorzuliegen. Wie in dem oben genannten Beispiel sind auch in den anderen untersuchten AGB-Formularen nur solche Formulierungen angetroffen worden, welche die Ausdehnung der Bindungsdauer in Umfang und Form aus dem weiteren Zusammenhang erkennen ließen. Mithin erscheint eine ausreichende Inhaltsbegrenzung solcher Klauseln auch dann gewährleistet zu sein, wenn sie sich auf die Überlegungsfrist beschränken; denn die nicht eingeschlossenen Zugangsfristen sind, durch das Begrenzungskriterium 'Sachumstand' qualifiziert, zweckbedingte, also sachlich gerechtfertigte Fristen. Ihr Ausschluß

1) Vgl. RGZ 124, 336 ff., 338.

2) Das Zugangsrisiko der Annahme- bzw. Ablehnungserklärung - "sie reist auf Gefahr der Annehmenden" (Lange, Allg. T. BGB, § 39 III 5, S. 246) - wird durch die Klausel nicht auf den Antragsteller abgewälzt.

aus der ausdrücklich benannten Frist bewirkt nur, daß sie bei einer Inhaltskontrolle der ausdrücklich genannten Bindungsdauer von vornherein nicht mitzurechnen sind. Im übrigen läßt sich aber dieser Umstand als Erschwerung nicht beanstanden, da und soweit der Antragsteller in hinreichend deutlicher Form darauf hingewiesen wird, die Zeit für den Zugang der Erklärung einzuberechnen, so daß es sich nicht um eine verdeckte oder versteckte Ausdehnung seiner Bindungsdauer handelt. Auch institutionell lassen sich hieraus keine weiteren Ansatzpunkte für eine Inhaltsbegrenzung auffinden. Aus den Motiven ¹⁾ geht hervor, daß es dem Gesetzgeber vor allem darauf ankam, eine Fristbestimmung bei Antragstellung im wesentlichen mit der Gebundenheitsfrist zu identifizieren, um den Antrag nicht im ungewissen zu belassen ²⁾. Dementsprechend hat sich das RG ³⁾ dahin ausgesprochen, daß die Annahmeerklärung im Zweifel bis zum Ablauf der Annahmefrist beim Antragsteller eintreffen muß. Ebenso hat der BGH ⁴⁾ entschieden, daß zwar die gesetzte Überlegungs- und Bearbeitungsfrist eine ausschließliche Frist ist, die selbst geringfügigen Fristüberschreitungen keinen Spielraum mehr beläßt; sachlich bedingte und ausdrücklich benannte Zusatzfristen, wie z.B. die Zugangsfristen sind indes zulässig, da insoweit kein wesentlicher Verstoß gegen den grundsätzlichen Berechnungsmodus der §§ 147 Abs. 2, 148 BGB zu erkennen ist ⁵⁾.

III. Die beiderseitige Interessenlage

Einen weiteren Bewertungsmaßstab für die Bindungsfristen bietet die beiderseitige Interessenlage beim Vertragsabschlußverfahren.

1) Mot. I S. 170.

2) Ebenso: Prot. I S. 80.

3) RGZ 53, 61; 48, 175 ff.

4) BGH Urt. v. 31.1.1951 in NJW 1951, S. 313; vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, § 161 II 1, S. 989 und Fußn. 22.

5) Vgl. Mot. I S. 169/170; OLG Hamburg in OLGE 41 (1921), S. 91. Jedes andere, den § 148 BGB als zwingende Inhaltsbe

Als initiiertender Vertragsteil begibt sich der Antragsteller in weitem Umfange seiner Dispositionsfreiheit; hierzu bestimmt ihn zwar auch das eigene Interesse am Zustandekommen des Vertrages, aber gleichwohl geschieht seine Gebundenheit als einseitiges "Opfer" zugunsten eines beiderseitigen Abschlußinteresses. Demgegenüber wird der Antragsempfänger in die vorteilhafte Lage versetzt, in völliger Ungebundenheit über das Zustandekommen des Vertrages zu entscheiden. Diese schon ohnehin bevorzugte Stellung des Antragsempfängers erfährt durch die Anordnung der besonders langen Überlegungsfristen weitere Vorteile: in rechtlicher Hinsicht durch Verstärkung des Gestaltungsrechts, in wirtschaftlicher Hinsicht durch bessere Marktinformation und Marktoffenheit und in kalkulatorischer Hinsicht durch noch mögliche Reaktionen auf Marktveränderungen. Demgegenüber besteht ein berechtigtes Interesse des gebundenen Antragstellers, sobald als möglich Klarheit über das Schicksal seines Vertragsantrages und über das Schicksal seiner Dispositionen zu gewinnen. Da der Antragsteller zur Erreichung der im beiderseitigen Interesse liegenden Simultanität ohnehin schon benachteiligt wird, ist von der Interessenlage her zu fordern, die Gebundenheit des Antragstellers nicht noch weiter auszudehnen. Nach diesen Abwägungen ist eine Ausdehnung der Bindungsdauer auf das notwendige Minimum zu beschränken ¹⁾.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch Hepp ²⁾ in seiner Urteilsbesprechung zu einem Urteil des BGH ³⁾, das die Beurteilung der Klausel "vorbehaltlich der Gegenbestätigung des Lieferanten" zum Gegenstand hat. Während der BGH diese Abweichung für tragbar erachte, erhebt Hepp gegen die Rechtswirksamkeit

grenzung interpretierende Ergebnis müßte konsequenterweise jede Fristsetzung bei Gebundenheitsbestimmungen schlechthin dieser strengen Regelung unterwerfen. Ein solches Vorgehen wäre auch von der Sache her nicht zu rechtfertigen.

1) Vgl. Motive S. 166.

2) Hepp, BB 1964, S. 371 f., 372 unter 2.

3) BGH Urt. v. 10.7.1961, BB 1961 S. 954 Nr. 1876.

eines solchen Vorbehalts erhebliche Bedenken. Hepp beanstandet ebenfalls die nicht gerechtfertigte, übermäßige und in diesem Falle noch nicht einmal fest terminierte Bindung und einseitige Belastung des Antragstellers. Während nämlich der Verkäufer praktisch freie Hand habe, so argumentiert Hepp, die Gegenbestätigung seines Lieferanten herbeizuführen und dem Antragsteller mitzuteilen oder nicht, erscheine die Gebundenheit des Antragstellers übermäßig ausgedehnt und in ihrem Endtermin unkontrollierbar.

Diese grundsätzliche Interessenbewertung bedarf vor ihrer Anwendung auf den Einzelfall jedoch noch einer gewissen Korrektur nach Maßgabe der Einzelumstände, die eine Verlängerung der Bindungsdauer rechtfertigen könnten. Hier treffen die gleichen Überlegungen zu, die bereits bei Prüfung der gesetzlichen Begrenzungskriterien erwogen worden sind.

IV. Zulässigkeitsgrenze der vorgesehenen Bindungsdauer

Auf Grund der Untersuchungsergebnisse über die hier anzuwendenden, einschlägigen Bewertungskriterien soll versucht werden, für gewisse typische, formularmäßige Vertragsabschlußverfahren die zulässige Höchstgrenze der Bindungsdauer festzulegen ¹⁾. Dabei soll von einer durchschnittlichen und einfachen Gestaltung der Verhältnisse ausgegangen werden: Es handelt sich um relativ einfache Vertragsinhalte mit unkomplizierten Vertragsobjekten (etwa vertretbaren Sachen), die - etwa im Gegensatz zu großen Industrieaufträgen - relativ einfach zu kalkulieren und zu verkaufen sind. Hier wäre die zulässige Bindungsdauer wie folgt zu berechnen: Unter Berücksichtigung normaler Beförderungszeiten sind

1) Solche Berechnungen sind in jedem Falle schematisch und beanspruchen keine allgemeine Geltung. In konkreten Einzelfällen wäre nach den typischen Vertragsinhalten differenziert zu berechnen.

für die zweifache Beförderung insgesamt 4 Tage anzusetzen. Für die Annahme- und Entscheidungsfrist mit bürokratisch organisierter Bearbeitung einschließlich einfacher Krediteinholung sind 8 Tage anzusetzen. Bei der Summierung ist jedoch noch zu berücksichtigen, daß innerhalb von 8 Arbeitstagen zwei arbeitsfreie Tage liegen, so daß kalendermäßig 14 Tage zu rechnen sind. Berücksichtigt man auch noch, daß innerhalb dieser Zeit mindestens an einem Tage keine postalische Zustellung erfolgt, so ergibt sich eine zulässige Bindungsdauer ¹⁾ von 15, höchstens 16 Tagen als äußerste Grenze für Vertragsanträge unter Abwesenden. Entsprechend ist u.U. die Bindungsdauer im Vertretergeschäft, bei welchem oft nur die Annahmeerklärung postalisch zugehen muß ²⁾, auf 12 Tage festzulegen. An der Fristberechnung ändert sich nichts, wenn es in den AGB heißt, daß an die Stelle der schriftlichen Auftragsbestätigung die Übersendung der Ware treten kann oder die Rechnungserteilung, § 151 S. 1 BGB; denn diese Möglichkeiten sind wahlweise dem Unternehmer eröffnet und sind nicht geeignet, generell die Fristen auszudehnen. Werden darüber hinausgehende Bindungsfristen bestimmt, so sind sie entweder unmittelbar rechtsunwirksam oder ihnen steht zumindest der Einwand der mißbräuchlichen Rechtsübung entgegen.

Die Richtigkeit der Höchstgrenze von 16 Tagen wird durch einen Vergleich mit entsprechenden Einkaufsbedingungen bestätigt. Hier bestimmen die gleichen Unternehmer, die als Verkäufer Bindungsfristen von 3 und 4 Wochen festlegen, daß sie selbst allenfalls 3 Tage nach Eingang ihres Antrages - also etwa 5 - 6 Tage - gebunden seien.

Ein weiterer Anhaltspunkt für die Richtigkeit des Ergebnisses findet sich in § 81 Versicherungsvertragsgesetz ³⁾,

1) Als Gesamtfrist.

2) Überlegungsfrist zuzgl. Zugangsfrist der Annahmeerklärung.

3) Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30.5.1908 (RGBl I, 263); gem. § 81 Abs. III Satz 2 VVG ist aber auch diese Vorschrift abdingbar.

wonach bei Feuerversicherungen ein dem Versicherer gemachter Vertragsantrag erlischt, wenn er nicht binnen 2 Wochen angenommen wird. Die Frist beginnt mit der Absendung des Antrages.

V. Sonstige präventive Abwehrmöglichkeiten des Antragstellers

Bereits in den Motiven zum BGB ¹⁾ werden der Widerrufsvorbehalt und die Befristung des Antrages als Abwehrmittel gegen einseitige Belastungen und Gefahren genannt, die dem Antragenden aus seiner vorzeitigen Gebundenheit erwachsen können.

§ 148 BGB eröffnet dem Antragenden die Möglichkeit, durch Befristung seines Antrages seine Dispositionsbeschränkung zu begrenzen. Indes vermag sich im Formulargeschäft dieses Abwehrmittel nicht durchzusetzen, weil in den meisten Fällen der Einzelvertragspartner auf die Einzelgestaltung seines Antrags infolge der ihm bereits vorgelegten Vorwegformulierung kaum noch Einfluß zu nehmen vermag. Im übrigen würde seine gegebenenfalls durchgesetzte Fristsetzung auch nicht unbedingt absolut i.S. von § 148 BGB wirken, sondern auch jetzt noch in kleinen Abweichungen über den Zugang disponibel sein. Das zweite Abwehrmittel ist der Widerrufsvorbehalt gem. § 145 BGB. Er wäre das weiteste Zugeständnis an den initierenden Vertragsteil, da er ihn bis zum Zeitpunkt der erklärten Vertragsannahme von seiner Gebundenheit an den Vertragsantrag freistellen würde. Aber auch diese Abwehrmöglichkeit wird dem Antragsteller durch die AGB-Formulierung von vornherein versperrt; denn aus den Gebundenheitsklauseln geht ausdrücklich oder mittelbar hervor, daß ein Widerrufsvorbehalt nicht in Frage kommt.

In jedem Fall kann aber dem Antragenden nicht das Recht genommen werden, nachträglich durch befristete Aufforderung des Antragsempfängers eine Entscheidung über Annahme oder Ablehnung des Vertragsantrages herbeizuführen und damit eine

1) Mot.I S. 166.

weitergehende, in den AGB festgelegte Bindungsdauer von sich aus zu beenden ¹⁾. Denn die feste Bestimmung einer

Bindungsdauer oder z.B. die Klausel eines "für drei Wochen festen Angebots" vermögen keine Unwiderruflichkeit in dem Sinne zu begründen, daß es dem derart Gebundenen auf keine Weise möglich sein sollte, angesichts eines sich ihm plötzlich bietenden und günstigen anderweiten Abschlusses oder angesichts plötzlicher Abnahmeschwierigkeiten die lange Dauer der Ungewißheit zu beenden und seine Entscheidungsfreiheit wiederherzustellen. Dieser Rechtsgedanke findet sich schon im ALR I 5 §§ 91 - 104; dort heißt es in § 92: "Hat der Antragende die Zeit zur Erklärung über den Antrag dem Gutbefinden des anderen überlassen, so kann er dennoch, wenn der andere zögert, demselben eine Frist zur Annahme bestimmen."

Der Antragende kann also den Empfänger seines Antrags auffordern, sich zu erklären, ob er den Antrag annehme. Schweigt der Empfänger, so ist dies als endgültige Ablehnung des Vertrages zu verstehen. Damit hat der Gebundene wieder seine volle Dispositionsfreiheit erreicht ²⁾.

§ 15 Ergebnis

Klauseln über die Gebundenheit des Antragenden sehen regelmäßig eine weit über die dispositive Gesetzesbestimmung des § 147 Abs. 2 BGB hinausgehende Bindungsdauer vor, in Extremfällen sogar bis zu drei Monaten oder auf unbestimmte Zeitdauer. Für eine Inhaltskontrolle solcher Klauseln ist neben einer Interessenabwägung vor allem die Vorschrift des § 147 Abs. 2 BGB als maßgeblicher und arbeitsfähiger Begrenzungsmaßstab und Berechnungsmodus anzuerkennen. Danach läßt sich

1) Walter Koehler, Orderkopie und Bestellschein, S. 29, 42; Godin, HGB-Komm., 2. Aufl., 1953, § 346 Anm. 16a.

2) Godin, RGRK-HGB, § 346 Anm. 16a.

eine formularmäßige Ausdehnung der Bindungsdauer nur rechtfertigen, wenn sie sachlich begründet ist und ihre Notwendigkeit für den anderen Teil ersichtlich war. Beim Versuch, auf dieser Grundlage für typische Fälle eine konkrete Fristbestimmung durchzuführen, war auch den gewandelten Bedürfnissen des modernen Geschäftsverkehrs Rechnung zu tragen. Eine sorgfältige Abwägung ergab für relativ einfache Geschäftsobjekte eine Überlegungsfrist von normalerweise 10 Tagen ohne Berücksichtigung außerordentlicher Ausdehnungsgründe; insgesamt folgt daraus eine Begrenzung der gesamten Bindungsdauer auf höchstens 16 Tage. Im Falle außerordentlich langer Gebundenheitsfristen ohne Angabe der Sachgründe bleibt dem Antragsteller die Möglichkeit, den über das Normalmaß hinausgehenden, ungewissen Schwebezustand durch befristete Aufforderung zur Erklärungsabgabe zu beenden.

3. Abschnitt: Klauseln über den Haftungsausschluß für Vertreterhandeln (Verhandlungsrisiko)

§ 16 Problematik und Erscheinungsformen

Klauseln über den Haftungsausschluß des Verhandlungsrisikos sind ein zwangsläufiges Produkt der die Einschaltung eigener oder betriebsfremder Vermittlungsorgane benutzenden Vertriebsform. Um Gefahren von Seiten der mündlich wirkenden Vermittlungsorgane auszuschalten, wird hier, strenger und umfassender als bei anderen Vertriebsformen, der Haftungsausschluß erklärt und der Vertragsabschluß unter formale Rechtswirkksamkeitsvorbehalte (sogen. Schriftformklauseln) gestellt. Dadurch wird für den Kunden die allein erfolversprechende Inanspruchnahme des Geschäftsherrn verhindert ¹⁾.

1) Westermann, Haftung für fremdes Handeln, JuS 1961, S. 333: Bei 10 - 20 % Provision steht das Ersatzleistungsvermögen des Handelnden in keinem Verhältnis zu dem von ihm ausgelösten Schaden.

Mithin stellen sich zur erschöpfenden Untersuchung des Verhandlungsrisikos zwei typische Vertragsabschlußklauseln: Haftungsausschlußklauseln, die im folgenden erörtert werden, und die Schriftformklauseln in ihrer Bedeutung als Wirksamkeitsvoraussetzung ¹⁾, die in einem weiteren Abschnitt zur Prüfung anstehen.

Ausweislich der einschlägigen Statistiken ²⁾ ist das Vertretergeschäft im Warenvertrieb ständig im Wachsen begriffen. Der Zustrom kommt vor allem von den Vertretern, die auf der Endverbraucherstufe tätig sind. Auf dieser Ebene treten sie in fast allen Branchen auf: Möbel und Einrichtungsgegenstände, Textilien, landwirtschaftliche Maschinen, Sägemaschinen, Schreibmaschinen, Fernschulen, usf. Rechtlich fungieren solche Vertreter oder Reisende zumeist als selbständige Gewerbetreibende, die ständig mit der Geschäftsvermittlung für einen anderen Unternehmer betraut sind, § 84 Abs. I, 1. Altern. HGB. Die Vertreter sind also nicht vom Unternehmer - Erzeuger oder Händler - zu selbständigem rechtlichen Handeln bevollmächtigt; andererseits obliegen ihnen die Aufnahme und Führung der Vertragsverhandlungen, sowie alle mit der Interessenwahrnehmung für den Unternehmer verbundenen Aufgaben. Trotz derart intensiver Abschlußfunktionen arbeiten diese Vertreter selbständig und ohne jede Haftung des Unternehmers für die von ihnen erteilten Auskünfte, Zusagen und Beratungen allgemeiner und fachlicher Art, welche geeignet sind, den anderen

1) BGH Urt. v. 27.3.63 - VIII ZR 186/61 - BB 1963, S. 535 Nr. 861, folgt nicht dieser Unterscheidung. Insgesamt scheint aber auch dieses Urteil völlig von der ständigen Rechtsprechung des VIII. Senats abzuweichen, indem es einem Wandlungsbegehren auf Grund falscher Vertreterzusage stattgibt. Im Ergebnis wird dieses Urteil als ausgesprochenes Billigkeitsurteil zu bewerten sein, zumal auch lediglich ein Wandlungsanspruch zuerkannt worden ist.

2) Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 2. Bd., Der Absatz, S. 130 ff.; Umfrage zur Rationalisierung des industriellen Vertriebs (2. Ergebnisbericht), S. 15 ff.: ca. 77 % Vertretergeschäft.

Vertragsteil in seiner EntschlieÙung zu beeinflussen. Diese Freistellung des Unternehmers wird durch HaftungsausschluÙklauseln gegenüber Vertreterzusagen AGB-mäÙig durchgesetzt. Derartige Klauseln können einen HaftungsausschluÙ ausdrücklich anordnen, z.B.: "Das Lieferwerk haftet nicht für besondere Abreden, die bei oder nach VertragsabschluÙ von unserem Vertreter abgegeben werden." Häufiger finden sich indes solche den HaftungsausschluÙ mittelbar, d.h. über Formerfordernisse (schriftliche Bestätigungsschreiben) ausdrückende HaftungsausschluÙklauseln: "Mündliche Abmachungen mit unseren Vertretern sind ungültig, wenn sie nicht ausdrücklich schriftlich von uns bestätigt werden." Oder: "Zusätzliche Vereinbarungen oder Nebenabreden vor, bei oder nach VertragsabschluÙ bedürfen unserer schriftlichen Bestätigung. Auf dieses Erfordernis kann mündlich nicht verzichtet werden." ¹⁾ Oder: "Abweichende Vereinbarungen und sonstige Abreden haben nur Gültigkeit, wenn sie schriftlich gegenbestätigt werden. Als zugesichert gelten nur Eigenschaften, die ausdrücklich schriftlich zugesichert sind. Angaben über Maße und Gewichte sind nur annähernd maßgebend."

Unter diesen Voraussetzungen werden die zumeist rechts- und sachunkundigen Interessenten von den Vertretern mündlich "beraten". Darunter fällt jegliche werbende Tätigkeit: informatorisch, fachberatend und rein werblich. Zusagen, Versprechungen und Garantien werden erfahrungsgemäÙ ohne Bedenken abgegeben. Erst später, wenn ordnungsgemäÙ nach Formular geliefert worden ist, stellt der Käufer fest, daÙ nicht gemäß den außerformulärmäÙigen Vereinbarungen mit dem Vertreter erfüllt worden ist. Je nach seinem Verhalten verstrickt sich nun der auf den mit dem Vertreter getroffenen mündlichen Vereinbarungen beharrende Käufer in das komplizierte System der AGB: Bei Ablehnung der Leistung verliert er gemäß der AGB-

1) Vgl. Sachverhalt im Urt. des BGH v. 27.3.1963, BB 1963 S. 535 Nr. 861.

Regelung seine bereits geleisteten Anzahlungen oder er zahlt 20 - 25 % der Kaufpreissumme als pauschalierten Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Diese Leistungen lassen sich ohne Schwierigkeiten durch Klage auf Zahlung oder das gesetzliche Mahnverfahren erzwingen. Ist aber bereits ausgeliefert und beruft sich der Käufer nunmehr erst auf die Nichterfüllung der mündlichen Zusagen und verweigert die Ratenzahlung, so ergreift der Verkäufer wiederum Zwangsmaßnahmen, indem er auf Herausgabe der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Gegenstände sowie auf Zahlung der Wertminderungssumme klagt ¹⁾. Für den Käufer, der den Zusagen und Auskünften des Vertreters vertraut hat, besteht infolge des formularmäßig vereinbarten Haftungsausschlusses für Vertreterzusagen ein erhebliches Prozeßrisiko. Das an Hand des Formulars und der AGB den Vertragsinhalt prüfende Gericht kommt nämlich zu dem Ergebnis, daß der Unternehmer die wenigen Vertragspflichten, die er nicht wegbedungen hat, erfüllt hat, der Käufer dagegen eine seiner zahlreichen Vertragspflichten nicht richtig erfüllt hat, außerdem Fristen versäumt und mit mangelhafter Begründung den Rücktritt erklärt hat, usw. Kommt es zu einer Beweisaufnahme, so kann sich der Vertreter an keinerlei mündlichen Zusagen erinnern. "Die Folge einer solchen Prozeßsituation kann leicht ein juristisch sauber begründetes, aber ungerechtes Urteil sein". ²⁾

Als Diskussionsgrundlage und insbesondere zum Zwecke einer verfeinerten Unterscheidung seien noch folgende aus der Praxis gewählten Beispiele aufgeführt:

1. ³⁾ Der Vertreter eines Blitzschutzunternehmens hatte die Beklagte dadurch zum Abschluß eines Kaufvertrages bewogen,

1) Vgl. Mittelstein, Urt.Besprechung, MDR 1963, S. 49 (50). Ähnlich Meyer-Ladewig, Über soziale Gerechtigkeit in unserer Rechtsordnung, MDR 1963, S. 724 ff.

2) Mittelstein, Urt.Besprechung zum Urteil des OLG Hamm v. 25.7.1962, MDR 1963, S. 49/50.

3) Sachverhalt wie im Urteil des LG Nürnberg-Fürth v. 8.6.62, NJW 1962, S. 1572.

daß er fälschlich behauptete, die zuständige Brandkasse leiste einen Zuschuß von 25 % auf die Auftragssumme. Nach einer AGB-Klausel auf dem Bestellschein war der Vertreter nicht berechtigt, solche Zusicherungen zu machen. Die Lieferfirma lehnte jede Haftung ab.

2. ¹⁾ Ein Angestellter des Verkäufers hatte als Ratserteilung, nicht als verbindliche rechtsgeschäftliche Zusage über eine Eigenschaft der Sache bestätigt, daß die zu liefernden Besäumkreissäge am Platz der alten Säge aufgestellt werden könne; d.h. man war übereingekommen, daß die Maschine die dem angebotenen Modell entsprechenden Maße haben sollte. Später stellte sich heraus, daß die Beratung und Auskunft des Vertreters unrichtig waren. Die Maschine ragte 805 mm weit in eine Gleisanlage hinein. In den AGB war bestimmt, daß alle mündlichen Abmachungen, sowie auch alle außerhalb des Lieferwerks vorgenommenen schriftlichen Bestellungen der schriftlichen Bestätigung des Lieferwerks bedürfen.

3. ²⁾ Der Vertreter einer Möbelfirma verkaufte in einem Hauptdurchgangslager für Flüchtlinge auch an solche Personen Möbel und Einrichtungsgegenstände, die noch in Lagerräumen wohnten und eine Wohnung allenfalls erst in Aussicht hatten. In einigen Fällen gab er vor, auf Grund von Mitteilungen des Wohnungsamts erfahren zu haben, daß ihnen in nächster Zeit eine Wohnung zugeteilt werden würde. In anderen Fällen beschwichtigte er den Hinweis der Käufer auf die noch fehlende Wohnung, indem er darauf verwies, daß es sich hier um einen Vertrag auf Abruf handele, wobei er verschwie, daß damit nach dem formularmäßigen Bedingungen eindeutig ein - ohnehin noch limitierter - Abruf des Lieferanten gemeint war ³⁾. Nach Ablauf des Abruf-

1) Sachverhalt wie im Urt. des BGH vom 31.1.1962, NJW 1962, S. 1196 ff.

2) Nach einem anwaltlichen Aktenvorgang aus dem Jahre 1959/1960.

3) "Kauf auf Abruf" vgl. Tegernseer Gebräuche, Fassung 1961, § 8 Ziff. 2: Bei Kaufabschlüssen auf Abruf ohne Terminbestimmung ist die Ware auf Ersuchen des Verkäufers spätestens 3 Monate nach Abschluß abzunehmen. Der Abschluß gilt als hin-fällig, wenn bis zum Ablauf dieser drei Monate von keiner Seite eine Erklärung erfolgt.

termins und nach fruchtloser Aufforderung zur Abnahme der Möbel klagte die Lieferfirma auf den formularmäßig vereinbarten Schadensersatz in Höhe von 25 % der Kaufpreissumme. Da sich derartige Fälle im Hauptdurchgangslager für Flüchtlinge häuften, erließ der Dienststellenleiter folgende Bekanntmachung: In der letzten Zeit tauchen immer wieder Vertreter der Firmen NN auf, die versuchen, die Flüchtlinge zu überreden, bei diesen Firmen Möbel zu kaufen. Ich mache darauf aufmerksam, daß Vertreter dieser Firmen unter Vorspiegelung falscher Tatsachen Flüchtlinge beeinflussen, Möbel zu kaufen. U.a. hat am 17. ds. Mts. ein Vertreter der Firma N einen Flüchtling überredet, bei dieser Wohnungseinrichtungen zu beziehen, und ihm Arbeitsstelle und Wohnung versprochen. Von Arbeitsstelle und Wohnung war aber nichts zu sehen, als der Vertrag unterschrieben war. Ich bitte alle Lagerbewohner, in ihrem eigenen Interesse, sofort dem Unterkunftsverwalter zu melden "..... usw.

In allen diesen Fällen der vorsätzlich oder fahrlässig falschen oder irrtümlich unrichtigen Beratung und Auskunft durch den Vertreter ist im Interesse des Käufers zu prüfen, ob etwa der Verkäufer und Geschäftsherr für das Verhalten der von ihm betrauten Vertreter (Vermittler) überhaupt haftet, und in welchem Umfang er die Haftung durch AGB-Klauseln rechtswirksam ausschließen kann. Ausgangspunkt für die weiteren Bewertungsfragen bilden also zunächst die in Frage kommenden gesetzlichen und vertraglichen Haftungsnormen, Zurechnungsnormen und sonstigen Rechtsschutzbehelfe.

§ 17 Haftung des Geschäftsherrn

Als Anspruchsgrundlage sind in Betracht zu ziehen: rechtsgeschäftliche Erklärungshaftung gem. §§ 459 ff., 164 BGB oder aus selbständigem Garantieverprechen, eine vertragliche Schadensersatzhaftung nach den allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts oder eine deliktische Schadensersatzhaftung gem. §§ 823 ff., 831 BGB oder schließlich noch - als Haftung in

einem weiteren Sinn - eine Beseitigung des Vertrages im Wege des § 138 BGB oder im Wege der Arglistanfechtung gem. §§ 123, 142 BGB.

Berücksichtigt man Haftungsumfang und Interessenlage des Einzelvertragspartners, so bietet sich zunächst eine volle rechtsgeschäftliche Erklärungshaftung an. Eine Erklärungshaftung aus selbständigem Garantieverprechen kann dabei von vornherein ausgeschieden werden; sie wird hier in aller Regel deswegen nicht in Betracht kommen, weil sich ein Garantieverprechen auf einen über den Kauf hinausgehenden wirtschaftlichen Erfolg richten muß ¹⁾, woran es aber bei den genannten typischen Fallgestaltungen mangelt.

Eine Gewährleistungshaftung könnte in diesen, auf das Vertreterhandeln zurückzuführenden Schadensfällen lediglich ein Sachmängelinteresse decken; sie scheitert aber selbst in diesem Deckungsbereich daran, daß jegliche rechtsgeschäftliche Vollmacht fehlt. Das Fehlen der Vollmacht ist hinreichend durch das Abschlußverfahren als solches wie auch durch ausdrückliche AGB-Klauseln erklärt. Das RG hatte ehemals die Auffassung vertreten, die fehlende ausdrückliche Vollmacht sei für solche Wissensvertreter aus den Bestimmungen der §§ 166 Abs. I und 463 BGB zu ersetzen ²⁾. Diese Ansicht wird verständlich, wenn man hierzu die Entwicklung der Rechtsprechung verfolgt. Die auf der Grundlage des vor dem BGB herrschenden Rechtszustandes ergangene reichsgerichtliche Rechtsprechung hatte den Grundsatz geprägt ³⁾, der Geschäftsherr müsse das vom Agenten im Rahmen der diesem zugewiesenen Handelstätigkeit vermittelte Geschäft, so gegen sich gelten lassen, wie es sein Agent mit dem Kunden beredet hat, nur unter dieser Voraussetzung könne der Geschäftsherr für sich Rechte aus dem Vertrage herleiten. Läßt sich der Geschäftsherr auf

1) RGZ 146, 120 ff.; 165, 41 ff.; BGH BB 1964 S. 1360 Nr. 1955.

2) RGZ 63, 151; 83, 243; 103, 160.

3) RGZ 30, 28; 30, 214; 60, 188.

die getroffenen Abreden nicht ein, so sei der Einzelkunde vor mißbräuchlicher Rechtsausübung zu schützen. Auf diesem Wege gelangte das RG dazu, hier eine Erfüllungshaftung des Geschäftsherrn anzunehmen. Die nach dem Inkrafttreten des BGB mit der gleichen Rechtsfrage befaßte Rechtssprechung sah sich nunmehr zwar einer neuen Rechtslage gegenüber, schien aber nicht geneigt, den genannten Grundsatz aufzugeben ¹⁾. In der Auseinandersetzung mit dieser Frage versuchte das RG zunächst, seine frühere Rechtsprechung mit Hilfe des § 249 BGB aufrechtzuerhalten ²⁾. Nachdem dies aufgegeben worden war, stützte man den alten Rechtsprechungsgrundsatz auf die Bestimmungen der §§ 166, 463 BGB ³⁾.

Dieser Rechtsauffassung, so billige Ergebnisse sie auch zeitigen mag, stehen jedoch erhebliche rechtsdogmatische und rechtssystematische Bedenken entgegen ⁴⁾. Rechtsdogmatisch ist § 166 Abs. I BGB eine akzessorische Wissenszurechnung, die grundsätzlich nur eingreift, wenn auch Stellvertretung vorliegt ⁵⁾. Außerhalb dieses Rahmens ist dem BGB eine selbstständige Wissenszurechnung unbekannt. In gleicher Weise erfordert auch § 463 BGB als vertragliche Haftungsgrundlage ein Handeln des Vertreters mit und im Rahmen seiner Vollmacht ⁶⁾. Gewohnheitsrechtliche Ausnahme infolge der besonderen Obliegenheiten des Versicherungsnehmers bilden die Wissensvertreter im Versicherungsrecht ⁷⁾. Diese Ausnahmeerscheinung be-

1) RGZ 51, 147 ff.; vgl. auch Soergel-Siebert-Ballerstedt, Vorbem. 12 - 16 vor §§ 459 ff. BGB.

2) RGZ 59, 155; 62, 384.

3) Zitat wie zu Fußn. 2) S. 124.

4) Mit ausführlicher und kritischer Stellungnahme Hildebrandt, Erklärungshaftung (1931), S. 279 ff.

5) Palandt-Danckelmann, § 166 Bem. 1; vgl. auch Oldenburg, Die Wissenszurechnung, S. 10, 11.

6) Palandt-Gramm, § 463 Bem. 3.

7) Staud.-Coing, § 166, Vorbem. Rdz. 76 ff.; BGHZ 2, 87; BGH NJW 1963, 1979.

ruht auf der besonders gelagerten Sach- und Interessenlage im Versicherungsrecht; sie kann daher nicht ausdehnend auch auf die vorliegenden Fälle angewandt werden ¹⁾. Wenn der BGH zwar heute noch § 166 BGB auf Vertreter ohne Vertretungsmacht anwendet, so beschränkt er dies ausdrücklich auf die Einzelfälle der §§ 138, 307 BGB ²⁾. Hinsichtlich der Anspruchsgrundlage aus § 463 BGB ergeben sich deswegen Bedenken, weil der Einzelvertragspartner keine Sachmängelgewähr erstrebt. Die von der Rechtsprechung zum Fragenkreis der Haftung für Vertreterhandeln entschiedenen Fallgestaltungen zeigen, daß sich hier das eigentlich dringliche Schutzbedürfnis des Einzelvertragspartners von einem Sachmängelinteresse verlagert hat auf ein Haftungsinteresse für Zusicherungen und Beratungen über weitere, im Zusammenhang mit dem Kauf stehende Eigenschaften, Umstände und Auskünfte: z.B. Mitteilung über Erprobungen eines Leimmittels, Nachweis über eine fachlich fähige Firma zur Verlegung eines neuartigen Fußbodenbelages ³⁾. Die Fälle lassen sich insgesamt etwa wie folgt unterscheiden.

- a) Zusicherungen und Beratung über Umstände außerhalb des Kaufgegenstandes im Rahmen eines Sachzusammenhanges;
- b) Das schuldhafte Vertragsverhalten des Abschlußvermittlers betrifft zwar unmittelbar eine Sacheigenschaft des Kaufgegenstandes, liegt aber tatbestandlich bereits zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen vor.

Die Fälle der ersten Gruppe berühren keine Sachmängel und lassen die Anwendung der allgemeinen vertraglichen Haftungsregeln neben der Sonderregelung der §§ 459 ff. BGB unbeschränkt zu. Die Bedenken, welche in Hinblick auf die BGH-Rechtsprechung gegen eine gleiche Behandlung der zweiten Gruppe erhoben werden ⁴⁾, bedürfen an dieser Stelle keiner weite-

1) RGRK-BGB, § 166 Anm. 22.

2) BGH IM Nr. 1 zu 307; BGH BB 1963 S. 1353 Nr. 2035.

3) BGH IM § 459 BGB Nr. 5 und 7.

4) Palandt-Gramm, Vorbem. 2 v. §§ 459 ff.; BGH IM Nr. 5 zu § 459 Abs. I BGB.

ren Prüfung; das Schwergewicht der hier behandelten Problematik liegt erkennbar auf der Gruppe zu a) ¹⁾.

Überwiegend werden diese Fälle der unrichtigen Vertreterzusagen und der Anwendung unlauterer Verkaufspraktiken in Lehre ²⁾ und Rechtsprechung ³⁾ nach den Grundsätzen der allgemeinen Vertragshaftung behandelt. Auf der Grundlage des Rechtsinstituts der c.i.c., also der Haftung für sich anbahnende und im Abschluß befindliche vertragliche Beziehungen, wird der Geschäftsherr ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden für das schuldhaft und rechtswidrige Verhalten seines Abschlußgehilfen haftbar gemacht ⁴⁾.

Da der Vermittler mit Willen des Geschäftsherrn in dessen Interessenbereich eingeschaltet worden ist ⁵⁾, und da die Einschaltung als Erfüllungsgehilfe auch so weit reicht wie sich das Schuldverhältnis erstreckt - das c.i.c.-Schuldver-

-
- 1) Dazu mag auch der Umstand beitragen, daß die Informationsquellen für Sacheigenschaften ausschließlich oder zusätzlich (Kataloge, Prospekte u. dgl.) objektiv gehalten sind oder zusätzlich aus einer solchen Quelle ergänzt werden.
 - 2) Hildebrandt, a.a.O. S. 289 ff.; m.w.Nachw. Böhm a.a.O. S. 193 ff.; Westermann, Haftung für fremdes Handeln, JuS 1961 S. 333 ff. (Einschaltungshaftung); Mittelstein, Urteilsbesprechung in MDR 1963 S. 49 f.
 - 3) BGH Urt.v.25.3.1958 - VIII ZR 48/57 - MDR 1958, 423; BGH Urt.v.31.1.1962 - VIII ZR 120/60 - NJW 1962, 1196 ff.; BGH Urt.v.20.6.1963 - II ZR 199/61 - NJW 1963, 1978 ff.; BGH Urt.v.28.10.1963 - II ZR 193/62 - NJW 1964, 244 ff.; BGH Urt.v.16.4.1964 - VII ZR 221/62 - BB 64 S.619 Nr.934; BGH Urt.v.17.11.1960 - VII ZR 56/59 - NJW 1961, 168; OLG Hamm Urt.v.25.7.1962, MDR 1963, 48 f.
 - 4) Gem. § 676 BGB kann aus der Erteilung eines Rats, einer Empfehlung oder einer Auskunft regelmäßig keine Haftung hergeleitet werden, vorbehaltlich einer Haftung aus einem besonderen Vertragsverhältnis oder aus unerlaubter Handlung, womit wiederum auf die allgemeinen Anspruchsgrundlagen verwiesen wird.
 - 5) Westermann, JuS 1961 S. 334 ff.; Hildebrandt a.a.O. S. 292.

hältnis ist dafür ausreichend ¹⁾ -, bestehen keine Bedenken gegen eine Vordatierung der Gehilfenhaftung ²⁾.

Haftungsgrund des Geschäftsherrn ist ein schuldhaftes, rechtswidriges Verhalten seines Abschlußgehilfen bei dessen Vermittlungstätigkeit gegenüber dem potentiellen Einzelvertragspartner. Das Institut der c.i.c. beruht als ungeschriebenes Ordnungsprinzip auf dem Gedanken von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Verkehr ³⁾. Im einzelnen mag dabei dahingestellt bleiben, wie die Haftung aus c.i.c. näher zu begründen ist, ob als Vorwirkung des erstrebten Vertrages oder aus der rechtsanalogen Anwendung von Einzelvorschriften oder allein aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ⁴⁾. Nach gesicherter Auffassung ⁵⁾ bewirkt der Eintritt in das Stadium der Verhandlungen zwar noch keine rechtsgeschäftliche Bindung, hat aber gleichwohl eine Reihe von Verpflichtungen zur Folge. Im einzelnen werden Schutz- und Obhutspflichten, Aufklärungspflichten und Wahrheitspflichten unterschieden ⁶⁾; diese gegenseitigen c.i.c.-Pflichten sind unabhängig vom Vertragsabschluß ⁷⁾; nach Vertragsabschluß begangene Pflichtverletzungen fallen unter den Tatbestand der positiven Vertragsver-

1) v. Godin, HGB-RGRK, § 346 Anm. 16 h; Ennecc.-Nipperdey, § 182 Fußn. 12; Staud.-Coing, § 164 Rdz. 17; BGB-RGRK, § 166 Anm. 20; Oldenburg, a.a.O. S. 48/9.

2) Die Gehilfenhaftung des Geschäftsherrn ist nicht auf Personen beschränkt, denen er Abschlußvollmacht erteilt hat; es genügt die Ermächtigung zur Verhandlungsführung; vgl. RGZ 162, 156; BGH DNotZ 1952 S. 574 ff.; Hildebrandt, a.a.O. S. 193 und S. 295.

3) Vgl. v. Godin, HGB-RGRK, § 346 Anm. 20; Ballerstedt in AcP 151 S. 501 ff.; Palandt-Danckelmann, Komm.-BGB, § 242 Bem. 5.

4) Vgl. Böhme, a.a.O. S. 53 ff.; RG JW 1936 S. 799; RGZ 95, 60.

5) Ballerstedt a.a.O. m.Nachw.; RGZ 120, 251; ferner auch RGZ 147, 103.

6) Dazu ausführlich Böhme, a.a.O. S. 53 ff.; Staudinger-Weber, Komm.-BGB, § 242 Anm. A 775, 831; Soergel-Siebert, Komm.-BGB, § 242 Anm. 80.

7) RGZ 104, 265 ff., 267.

letzung ¹⁾. Trotz der mannigfaltigen Fülle der Einzelfragen zum Pflichtenkomplex der Aufklärungspflichten lassen sich hierzu Grundsätze feststellen ²⁾: Eine Aufklärungspflicht setzt im allgemeinen einen schutzwürdigen und einen schutzbedürftigen Einzelvertragspartner voraus. Dabei ist unter Schutzwürdigkeit die allgemeine Voraussetzung des Bestehens einer ausreichenden und geeigneten, rechtlich relevanten Beziehung zu verstehen, z.B. Rückfragen, konkludente Handlungen, besondere Offenbarungspflichten, geführte Vertragsverhandlungen oder Korrespondenz. Ein Schutzbedürfnis wird für den Einzelvertragspartner regelmäßig zu bejahen sein, wenn er sich erkennbar in irrigen Vorstellungen befindet auf Grund unrichtiger oder unzureichender Information. Zwar zählen Kaufgeschäfte nicht zu den besonders schutzwürdigen Dauerschuldverhältnissen, sie fallen aber auch nicht unter die ausgesprochenen Risikogeschäfte ohne Schutzbedürfnis. Das Vorliegen und der Grad eines Schutzbedürfnisses lassen sich indes nicht schematisch nach dem Vertragstyp bestimmen, vielmehr ist stets das Maß des gewährten Vertrauens entscheidend. Bei den hier anstehenden Fällen ist dafür typisch der Fall, daß im Verhandlungspartner durch entstellende oder irreführende Werbung oder durch Zusagen ausdrücklicher oder konkludenter Art oder durch Auskünfte falsche Vorstellungen hervorgerufen worden sind, die erkennbar für seinen Willensentschluß von Bedeutung sind. Böhme ³⁾ rechnet diese, im übrigen vielleicht sogar nur fahrlässig hervorgerufenen Irrtumsfälle zu der Fallgruppe, die einer gesteigerten Aufklärung vor Vertragsabschluß bedarf. Ebenso beurteilt Böhme die Aufklärungspflicht bei erkennbar mangelnder Erfahrung oder Einsicht des Verhandlungspartners, sowie bei besonderer Sachkunde einer Partei, bei-

1) BGHZ 11, 80 ff., 83.

2) Ausführlich dazu Böhme a.a.O. S. 65 ff.; Staudinger-Weber, Komm.-BGB, § 242 Anm. A 775, 831; Soergel-Siebert, Komm.-BGB, § 242 Anm. 80.

3) A.a.O. S. 74 ff.

spielsweise hinsichtlich der Abmessungen, der Montage, des Gewichts, der elektrischen Anschlüsse. Die Grenzen der Informationspflicht sind - abgesehen von der Schranke unzumutbarer Selbstschädigung des anderen Vertragsteiles - dort zu ziehen ¹⁾, wo für den Käufer die einzelnen mitzuteilenden Tatsachen bereits zu erkennen waren. Aber auch jetzt noch kann bei Rückfrage oder bei zwischenzeitlich veränderter Sachlage eine Pflicht zur Korrektur oder sogar eine Pflicht zu neuer Information bestehen ²⁾.

Der Schadensersatzanspruch richtet sich bei der c.i.c. nach dem Grundsatz der Naturalrestitution ³⁾. Der geschädigte Vertragspartner ist so zu stellen, als wäre seine Entschließungsfreiheit in keinerlei Weise beeinträchtigt worden; es ist der Vertrauensschaden zu ersetzen, der gegebenenfalls bis zum Erfüllungszinteresse gehen kann. In aller Regel wird der Schaden ausschließlich in der Eingehung des Rechtsgeschäfts bestehen, das bei Kenntnis der wahren Rechtslage nicht oder nicht mit diesem konkreten Inhalt abgeschlossen worden wäre. Demzufolge wird sich der Schadensersatzanspruch auf die Befreiung von den Vertragspflichten erstrecken ⁴⁾. Ist bereits mit der Erfüllung begonnen worden, so kann der Geschädigte auch Rückgabe seiner Leistungen fordern ⁵⁾. Die Verjährung dieses Anspruchs ist gemäß § 477 Abs. 1 BGB analog zu behandeln, soweit sich die Beratung auf Eigenschaften der Kaufsache bezogen hat ⁶⁾. Der Grundgedanke der kurzen Verjährungsfrist gemäß § 477 Abs. 1 BGB trifft aber dann nicht mehr zu, wenn es sich um eine mit einem Mangel der Kaufsache nicht zusammenhängen-

1) Böhme, a.a.O. S. 81 ff.

2) BGH BB 1957 S. 238 Nr. 477.

3) Hildebrandt, a.a.O. S. 243; Böhme, a.a.O. S. 210 ff.; BGHZ 6, 330, 335.

4) BGH NJW 1962 S. 1196, 1198.

5) Hildebrandt, a.a.O. S. 249.

6) RGZ 144, 162/3.

de Pflichtverletzung handelt ¹⁾. Die mitunter hierzu nicht einfache Abgrenzung ist nach neuerer Rechtsprechung ²⁾ danach vorzunehmen, ob ein unmittelbarer, von der Mangelhaftigkeit der Kaufsache nicht trennbarer Zusammenhang besteht. Ist diese Prüfung zu verneinen, so greift gem. § 195 BGB die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren Platz.

Eine Beschränkung der Pflicht zur Schadensersatzleistung unter dem Gesichtspunkt der Schutzwürdigkeit des Einzelvertragspartners ist nach den elastische und gerechte Differenzierungen zulassenden Regeln des § 254 BGB vorzunehmen. Hier kommt es für das Maß des Verursachens und des Verschuldens auf die Einzelumstände hinsichtlich der beiderseitigen Erkennbarkeit, der objektiven Mitteilungsbedürftigkeit - dieser Gesichtspunkt wird regelmäßig bei der sogenannten problemvollen Ware ausschlaggebend sein - und des Schuldgrades an. Als weitere bedeutsame Einzelgesichtspunkte werden von Böhme genannt ³⁾: Interessenlage, Objektwert, Sachkunde, Geschäftserfahrung, Vertrauensverhältnis, schuldhaftes Vertrauen auf den Bestand und die Bedeutung der Wissenserklärung ⁴⁾, Branchen, kenntnis, zumutbare eigene Nachforschungstätigkeit und Informationspflicht. Soweit im Rahmen des § 254 BGB nur der nicht teilbare Schuldbefreiungsanspruch als Schadensersatzleistung beansprucht wird, ist dem Geschäftsherrn gegen Schuldbefreiung und bei entsprechender Kürzung Geldersatz zu leisten, § 251 Abs. I 1. Altern. BGB.

Nach diesen Regeln wäre im Falle einer c.i.c.-Haftung zu verfahren. .

1) So RG a.a.O.

2) BGH BB 1964 S. 136o Nr. 1955; a.A. ohne weitere Begründung Larenz, Lehrb. II § 37 II c 3.

3) Böhme, a.a.O., S. 228 ff.; v. Godin, HGB-RGRK, § 349 Anh. Anm. 6 ff.

4) Hildebrandt, a.a.O., S. 3o4.

Soweit der Einzelvertragspartner nur bestrebt ist, sich von der ihm ungünstigen vertraglichen Verpflichtung wieder zu lösen, ist ferner an die Bestimmungen der §§ 138, 139 BGB zu denken. Dieser Weg ist für einen "überrumpelten" Einzelvertragspartner dann gangbar, wenn durch den Vertreter sittenwidrige Lockmittel im Rahmen der vom Geschäftsherrn selbst eingeführten oder ihm zumindest bekannten Verkaufsmethode systematisch angewandt werden. In den einschlägigen, von den Gerichten zu § 138 BGB entschiedenen Fällen ¹⁾ handelte es sich beispielsweise darum, daß Schreibmaschinen in der Weise abgesetzt wurden, daß mit den Käufern zunächst einmal ein Mitarbeitervertrag abgeschlossen wurde; zur Durchführung dieser Mitarbeit auf Provisionsbasis mußten die Käufer erst selbst eine Schreibmaschine als Vorführmaschine erwerben. Indes war die Werbung von Einzelvertragspartnern ausschließlich als Mitarbeiterwerbung geführt; die "Anwerber-Vertreter" stellten bei Werbung der Mitarbeiter aber nicht den Kaufvertrag über die Schreibmaschine in den Vordergrund, sondern ausschließlich die vorteilhaften Einnahmen aus dem Mitarbeitervertrag; die zu erwartenden Provisionseinnahmen sollten alsbald und ohne Schwierigkeiten den Erwerb der Schreibmaschine decken. Durch Vorspiegelung leichter, sicherer und überdurchschnittlicher Verdienstmöglichkeiten wurde somit über die Koppelung der beiden voneinander selbständigen Verträge hinweggetäuscht. Voraussetzung für die Anwendung des § 138 BGB gegenüber solchem Vertreterhandeln ist jedoch, daß es sich um eine vom Geschäftsherrn selbst organisierte Verkaufs- und Werbemethode handelt ²⁾. Ein solcher Nachweis mag dem Einzelvertragspartner nur in seltenen Fällen gelingen.

Normalerweise liegt es dehalb nahe, für einen Teil dieser Fälle die Anfechtung des Rechtsgeschäfts wegen arglistiger

1) AG Frankfurt, Urt. v. 19.10.1962, MDR 1963, 591 f.; kurz zuvor hatte das AG Augsburg einen ähnlichen Fall (Adressenschreiben) über § 123 BGB gelöst, MDR 63, 48.

2) BGH BB 1963 S. 1353 Nr. 2035; weit. Rspr. Nachweis in BGB-RGRK, § 138 Anm. 7.

Täuschung gem. § 123 Abs. I BGB anzuwenden, zumal nachdem sich in der Rechtsprechung Ansätze dafür finden ¹⁾, in gewissen typischen Fällen der arglistigen Werbemethoden nicht dem Anfechtungskläger, sondern dem Geschäftsherrn die Beweislast dafür zu geben, daß der Vertrag ordnungsgemäß zustande gekommen ist. Die enge Beteiligung des täuschenden Abschlußvermittlers am Rechtsgeschäft führt im Hinblick auf § 123 Abs. 2 BGB zu keiner Beschränkung des Anfechtungsrechts gegenüber dem Geschäftsherrn. Das RG ²⁾ hatte bereits klargestellt, daß es für die Beurteilung der Person des Dritten entscheidend auf dessen Beteiligung am Rechtsgeschäft ankommt. In dieser Richtung formulieren auch Erman-Westermann ³⁾, wenn die Eigenschaft des Nichtdritten daran festgestellt wird, ob in irgendeiner Weise eine Mitwirkung an den Geschäftsverhandlungen - auch ohne Abschlußvollmacht - vorliegt; ähnlich weit auch Siebert-Hefermehl ⁴⁾ und Staudinger-Coing ⁵⁾. Mit dem weiteren Gesichtspunkt der Billigkeit und der Interessenlage des Einzel-falles haben Enneccerus-Nipperdey ⁶⁾ und ebenso auch der BGH ⁷⁾ zur klärenden Abgrenzung beigetragen. Ist ein Vertreter zugezogen worden, dann muß der Geschäftsherr aus dem gleichen Rechtsgedanken des § 278 BGB heraus die Täuschung des Vertreters gegen sich gelten lassen ⁸⁾. Die rechtsgedankliche Verbindung zu § 278 BGB setzt sich dem Einwand aus, der AGB-mäßig

1) AG Augsburg, MDR 1963, 48 unt. Berufung auf das nicht veröffentlichte. Urt. des LG Augsburg v. 28.7.1960 - 4 S 13/60 -; zustimmend Mittelstein, Urt. Bespr. MDR 1963 S. 50 (unt.); nach RGRK-BGB, § 123 Anm. 41 hat die Rspr. hier stets keine allzu strengen Anforderungen gestellt.

2) RGZ 101, 97/8; RG JW 1921 S. 623 und 1934 S. 219.

3) Erman-Westermann, § 123 Anm. 6.

4) Siebert-Hefermehl, § 123 Anm. 28, 29.

5) Staudinger-Coing, § 123 Rdnr. 2 ff.

6) Enneccerus-Nipperdey, Lehrb. Bd. II S. 1069 Fußn. 18.

7) BGH NJW 1962, 1097; BGHZ 20, 36 ff.; 33, 302.

8) BGHZ 20, 36 ff.; 33, 302 ff.

erklärte Haftungsausschluß für Vertreterhandeln könne auch eine Anfechtungsbeschränkung gegenüber dem Geschäftsherrn bewirken. Gegenüber diesem Einwand ist auf die Unabdingbarkeit der Bestimmung des § 123 BGB zu verweisen ¹⁾. Die allein zulässige Beschränkung der Anfechtbarkeit bei Täuschung durch Dritte ist im Gesetz selbst geregelt. Nicht in dieser Richtung ist also die Erwähnung des § 278 BGB durch den BGH zu verstehen, sondern lediglich zum Zwecke der Verdeutlichung und Veranschaulichung des Haftungsgedankens und der Stellung des Nichtdritten.

Während die fahrlässige Falschausekunft ggfs. zu einer Anfechtung nach § 119 BGB und zu der in keiner Weise befriedigenden Schadensersatzpflicht des Anfechtenden gem. § 122 BGB führt, also zu einer Abwälzung der gesamten Schadenslast auf den Einzelvertragspartner, bestehen im Falle der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung weitere ²⁾ Sanktionen ³⁾: In Frage kommen - neben Bereicherungsansprüchen - Schadensersatzansprüche gemäß den §§ 826, 823 Abs. 1 ⁴⁾ und Abs. 2 BGB und aus c.i.c. ⁵⁾, es sei denn, der Käufer und Einzelvertragspartner hat ein ggfs. nachfolgendes Bestätigungsschreiben oder auch eine ausdrücklich erklärte Vertragsannahmeerklärung in Form einer Auftragsbestätigung ohne Widerspruch hingenommen, § 144 Abs. 1 BGB. In solchen Fällen kann der Einzelvertragspartner weder auf Willensfehler zurückgreifen ⁶⁾, noch

1) Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 123 Abs. 1 1. Halbsatz BGB; vgl. auch Staudinger-Coing, § 123 Rdz. 9 ff.

2) D.h. zunächst einmal findet § 122 BGB keine Anwendung.

3) Es herrscht freie Konkurrenz, vgl. BGH NJW 1962 S. 1197 ff.

4) Streitig! Vgl. Staudinger-Coing, Komm. BGB § 123 Rdnr. 44.

5) BGB-RGRK, § 123 Anm. 36 ff.; Soergel-Siebert-Hefermehl, Komm. BGB, § 123 Rdz. 50; im übrigen entfallen wegen der Anfechtung Sachmängelansprüche.

6) Vgl. LG Nürnberg-Fürth, NJW 1962 S. 1513; BGH in Betrieb 1964 S. 616; RGZ 129, 347 ff.

auf Schadensersatzansprüche zurückkommen ¹⁾. Es ist ihm dann nur noch möglich, seine durch Schweigen erklärte Zustimmung zum Bestätigungsschreiben anzufechten ²⁾ und dadurch zunächst die Wirkung des Bestätigungsschreibens aus dem Wege zu räumen; oder der Käufer ficht seine Vertragserklärung durch widerspruchslose Hinnahme des Bestätigungsschreibens unmittelbar wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB an ³⁾.

Für einen Deliktsanspruch gegen den Geschäftsherrn kommen die Bestimmungen der §§ 823, 826, 831 BGB in Betracht. In den Fällen unlauterer, vom Geschäftsherrn selbst organisierter Verkaufs- und Werbemethoden könnte sich der Einzelvertragspartner auch nach den §§ 823 Abs. 2, 249 BGB vom Vertrag wieder lösen. Nach Ansicht des AG Frankfurt ⁴⁾ ist in solchen Fällen § 1 UWG als Schutzgesetz heranzuziehen. Eine unmittelbare Schadenshaftung des Geschäftsherrn aus den Vorschriften der §§ 3, 4, 5 UWG ist nicht möglich ⁵⁾. Nur in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB eröffnet sich hier eine Anspruchsgrundlage. Sie wird auch hier auf die sehr seltenen Fälle solcher von vornherein in unlauterer Weise organisierten Absatzmethoden beschränkt bleiben. Nach h.M. ⁶⁾ kann jedoch § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Freiheitsverletzung keine Anwendung finden; nicht jede die freie Willensbestimmung beeinflussende Einwirkung kommt für § 823 Abs. 1 BGB schon tatbestandsmäßig überhaupt in Betracht, insbesondere wird nicht

-
- 1) Infrage kommt nur ein Bestätigungsschreiben mit rechtsbegründender Bedeutung; dies fehlt u.a. auch dann, wenn im Bestätigungsschreiben um Gegenbestätigung gebeten wird, welches Ersuchen noch Einigungsbedürfnis erkennen läßt.
 - 2) RGZ 129, 348; 104, 401/405; 72, 133.
 - 3) RGZ 95, 48; 129, 349; LZ 1923 Sp. 344.
 - 4) MDR 1963, 591 f. unter Berufung auf BGH LM § 1 UWG Nr. 77.
 - 5) LG Essen, BB 1963 S. 1315 Nr. 1986; AG Frankfurt, BB 1963 S. 1314 unt. Berufung auf BGH LM § 1 UWG Nr. 77.
 - 6) Vgl. BGB-RGRK, § 823 Anm. 14; Palandt-Gramm, § 823 Anm. 4.

die Entschließungsfreiheit als solche geschützt ¹⁾. Die Anspruchsgrundlagen der §§ 823, 826 BGB bergen insgesamt für den Einzelvertragspartner große Schwierigkeiten. Die Voraussetzungen, vor allem auf der subjektiven Tatseite, werden überhaupt nur selten vorliegen; bislang sind von der Rechtsprechung nur wenige Fälle anerkannt, die den Durchgriff einer deliktischen Haftung auf den Geschäftsherrn eröffnen; vor allem ist der Nachweis für einen Außenstehenden ohne Einblick in die inneren Betriebsvorgänge nur mit großen Schwierigkeiten zu führen. Ein Deliktsanspruch gegen den Geschäftsherrn ist aus § 831 BGB nur begründet, wenn ihn ein Verschulden bei der Auswahl und Leitung seiner Abschlußgehilfen ²⁾ trifft. Ein Eigenverschulden des Geschäftsherrn wird trotz der Vermutung in aller Regel widerlegt werden können ³⁾, wobei ihm die dezentralisierte Entlastungsmöglichkeit zur Hilfe kommt, so daß im Ergebnis auch dieser Haftungsweg nicht sehr erfolgversprechend erscheint.

Insgesamt läßt dieser Überblick über die gesetzlich vorgesehenen Haftungsmöglichkeiten des Geschäftsherrn hinreichend erkennen, daß die Interessen des Einzelvertragspartners ausreichend geschützt sind. Indes wird die vorgesehene Haftung des Geschäftsherrn, die gerade in den wirksamen und durchgreifenden Haftungsgrundlagen disponibel ist, durch die AGB ausgeschlossen; und zwar schon zumeist durch ausdrücklichen Haftungsausschluß oder zumindest durch mittels der AGB aufgebene, formale Erschwernisse. Eine Prüfung und Bewertung des Haftungsausschlusses begegnet wegen des nach § 278 Satz 2 i. Verb. m. § 276 Abs. 2 BGB zulässigen Haftungsausschlusses besonderen Schwierigkeiten.

1) Böhme, Die Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen, Jur. Diss., S. 42 f.; sowie Zitat wie zu Fußn. 6) S. 135 dieser Arbeit; a.A.: noch zuletzt: Staudinger-Engelmann-Keidel, Komm. BGB, 9. Aufl. 1928, § 823 Anm. II A 2 c.

2) Mit oder ohne Abschlußvollmacht.

3) Hildebrandt, a.a.O. S. 283 und Fußn. 24; Böhme, a.a.O., S. 233.

§ 18 Bewertung der Haftungsausschlußklauseln

Die Zulässigkeit des völligen Haftungsausschlusses ist von der Rechtsprechung verschiedentlich eingeengt worden. Das RG verfolgte auch hier den Weg des "Ausnutzens einer tatsächlichen Monopolstellung" ¹⁾. Ein anderes Begrenzungskriterium bildet die Behandlung leitender Angestellter als organgleiche Exponenten und als unmittelbare Haftungsträger ²⁾. Ist das erstgenannte Kriterium wiederum auf Extremfälle beschränkt, so kann die zweite Begrenzungsmöglichkeit nur dort herangezogen werden, wo den "Angestellten" eine selbständige und verantwortliche Anordnungs- und Vertretungsbefugnis zumindest im Rahmen der Betriebsstelle zukommt. Mithin erweisen sich beide Begrenzungskriterien als zu eng, um auf den typischen Funktionskreis der Abschlußvermittler Anwendung finden zu können.

I. Bisherige Lösungswege zur Beschränkung des Haftungsausschlusses für Vertreterhandeln

Allgemeiner Ausgangspunkt ist auch hier die Feststellung ³⁾, daß ein AGB-mäßig durchgesetzter Haftungsausschluß unter anderen Vorzeichen zu betrachten ist als ein entsprechender Haftungsausschluß in einem Individualvertrag. Unter Würdigung der beiderseitigen Interessenlage ⁴⁾ konnte sich die Rechtsprechung bislang damit begnügen, den Einzelvertragspartner mittels gewisser Auslegungsregeln vor zu weitgehenden Haftungsausschlüssen zu schützen. Faßt man die bisherige Rechtsprechung zusammen, so unterliegt der Haftungsausschluß für jede Tätig-

1) RG, HansRGZ 1931 Abt. B Nr. 167 und 1963; RGZ 103, 82; 142, 24 ff.; 28; 161, 76 ff.; 81; BGH NJW 1962, S. 1195 f.

2) RGZ 102, 396; BGH NJW 1956, 908 u. 1065 ff.; BGH NJW 1963, S. 99 f. und S. 1148 (unter bb); OLG München NJW 1955, S. 1319 mit Nachw.

3) BGH NJW 1963, S. 99 ff. (100 l. Sp.).

4) Vgl. BGH NJW 1956, S. 1065; 1962, S. 1195; 1963, 99 ff.; BGHZ 22, 109; Fischer, BB 1957 S. 481 ff.

keit bei Vertragsvermittlung folgenden Auslegungsregeln:

1. Die Haftungsausschlußklauseln sind streng restriktiv zugunsten des Aufstellers in dem besonderen Sinne ausulegen, daß allgemeine oder unklare Haftungsausschlußklauseln nicht ohne weiteres ¹⁾ auf Vermittlerauskünfte und deren Beratungstätigkeit zu erstrecken sind.
2. Allgemeine, die Haftung des Geschäftsherrn mittelbar ausschließende Formvorbehalte erstrecken sich entsprechend dem allgemeinen Aufbau und dem Gesamtinhalt der AGB ausschließlich auf den Hauptvertrag in seinen Hauptpflichten ²⁾. Nur beratende oder erläuternde Erklärungen eines mit der Vermittlung des Kaufvertrages beauftragten Vertreters oder sonstige unlautere werbliche Einwirkungen auf den Vertragsabschlußwillen des Einzelvertragspartners beziehen sich nicht auf die durch den Kaufvertrag entstehenden Rechte und Pflichten; sie sind vielmehr nur Gegenstand einer Nebenverpflichtung ³⁾. Deswegen unterliegen sie auch nicht ohne weiteres der AGB-Regelung und fallen nicht unter die allgemeinen Haftungsausschlüsse ⁴⁾. Ein z.B. in den allgemeinen Schriftlichkeitsvorbehalt gekleideter Haftungsausschluß für mündliche Vertreterzusagen - auch wenn diese in Ausübung funktionsbedingter Vertreter-

1) Maßgeblich sind die Vorstellungen eines arglosen Käufers; BGH NJW 1963, S. 99 ff. (100 r. Sp. oben).

2) Vgl. BGH Urt. v. 17.5.1960, MDR 1960, S. 921. Die in diesem Zusammenhang immer wiederkehrende Formel von der "Beschränkung des Unterwerfungswillens auf gerechte und billige Klauseln" (vgl. BGH NJW 1961, 212; 1963, S. 99 ff., 100) erscheint unpraktikabel; ihr kommt lediglich ein rechtspolitischer Aussagewert zu; vgl. Mroch, a.a.O., S. 12 ff.

3) Die bewertende Unterscheidung in Haupt- und Nebenpflichten wurde wohl in diesem Zusammenhang erstmalig durch Heinsheimer angeregt, Urt. Bespr., JW 1927, S. 1088.

4) Vgl. BGH NJW 1962, S. 1196 ff., 1198; BGH MDR 1960, S. 921; BGH BB 1962, S. 534 Nr. 1039; LG Nürnberg-Fürth, a.a.O., NJW 1962, S. 1572.

beratungstätigkeit abgegeben werden ¹⁾ - ist zu allgemein, zu versteckt und zu unauffällig ²⁾, als daß sie den Käufer darauf kommen ließen ³⁾, den Zusagen und Ratschlägen des werbenden Vertreters nicht blindlings zu vertrauen. Mit- hin reichen die allgemeinen Haftungsausschlußklauseln für die Tätigkeit der Abschlußgehilfen bei vorvertraglichen Pflichtverletzungen nicht aus, da sich diese Klauseln schon inhaltlich nicht derart weit erstrecken: "Der Sinn der Bestimmungen ist aus ihrem Wortlaut, gemessen an ihrem allgemeinen Sprachgebrauch und der systematischen Einordnung der einzelnen Klauseln zu ermitteln" ⁴⁾.

3. Diese Regeln verlangen neben einer klaren und ausdrücklichen Bezeichnung der Reichweite des Haftungsausschlusses eine Hervorhebung in der Formulierung, im Satz und im Druck, so daß ein solcher Haftungsausschluß in einer "eindeutig klaren und dem abschließenden Besteller auch mit Sicherheit zum Bewußtsein gebrachten Weise erfolgt" ⁵⁾. Kleingedruckte Formulierungen, die sich aus dem allgemeinen AGB-Text nicht abheben, reichen nicht aus ⁶⁾. Muß die

-
- 1) Koehler, Orderkopie und Bestellschein, S. 39 ff., versteht hierunter auch die authentische Interpretation von AGB-Klauseln durch Abschlußvertreter und gelangt daher mangels Differenzierung zu einer umfassenden Erklärungshaftung.
- 2) Hierzu vgl. z.B. die "Gebrauchsanweisung" bei Iversen, Direktverkauf, S. 166, für den Einbau einer Reuegeldklausel in die AGB: "Selbstverständlich muß dieser Passus besonders sorgfältig und geschickt formuliert sein und darf in keiner Weise mit einer gleichlautenden Rücknahmegarantie kollidieren".
- 3) Das Risiko ist dem Käufer "sichtbar" zu machen; BGH NJW 1963, S. 99 ff., 100.
- 4) BGH NJW 1960, S. 1661 ff., 1661 r. Sp. unten.
- 5) LG Nürnberg-Fürth, NJW 1962, S. 1572 r. Sp.; ebenso BGH NJW 1952, S. 657; Hildebrandt, a.a.O., S. 289; LG Göttingen, BB 1958, S. 321.
- 6) Eine entsprechende Anleitung findet sich auch bei Veith, Aus der Praxis der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in Betrieb 1964, S. 907 f.: differenzierte AGB, keine Überlastung, keine Lückenhaftigkeit, klare und übersichtliche Gliederung, jede Frage an der Stelle regeln, an die sie nach der Systematik der AGB hingehört; einwandfreier, gut leserlicher Druck usw.

Verkäuferfirma nach ihren eigenen Erfahrungen mit unlauteren oder gar betrügerischen Absatz- und Werbemethoden ihrer Vertreter rechnen, so muß der Haftungsausschluß in "rot und fettgedrucktem Hinweis erfolgen, damit der Besteller förmlich darauf gestoßen wird, Läßt sich ein Besteller auch dadurch nicht warnen, so mag der Haftungsausschluß als vereinbart gelten" ¹⁾. In besonderen Fällen können sich diese Anforderungen noch steigern, z.B. wenn Vertreter beim Vertrieb pharmazeutischer Präparate für Säuglinge Empfehlungen oder amtlichen Auftrag vorspiegeln.

Die Fülle der Einzelanforderungen, die hier an die Rechtswirksamkeit des Haftungsausschlusses geknüpft werden, vermag indes nicht darüber hinwegzutäuschen, daß es sich um das Kontrollmittel der Auslegung, also um einen auf den Einzelfall beschränkten und im übrigen recht "anfälligen" Rechtsschutz handelt; denn der einmal durch das Gericht belehrte Aufsteller wird konsequenterweise sofort Gegenmaßnahmen ergreifen, um seinen Haftungsausschluß lückenlos zu gestalten. Dem Bedürfnis nach einer gerechten Haftungsregelung kann mit einer solchen Inhaltskontrolle auf die Dauer nicht abgeholfen werden.

II. Der Haftungsausschluß für das Verhandlungsrisiko im Verhältnis zur Vertriebsorganisation und die resultierende Interessenlage

Für die Bewertung der Haftungsausschlußklauseln lassen sich hier keinerlei institutionelle Begrenzungskriterien gewinnen, da es insoweit an umfassenden institutionellen Grundlagen mangelt. Spezielle Begrenzungsnormen kommen ohnehin nicht in Betracht. Somit wird eine Inhaltskontrolle - abgesehen von der Auslegung - auf die Generalklauseln (§§ 242, 315 BGB) und auf die Abwägung der beiderseitigen Interessen

1) LG Nürnberg-Fürth, a.a.O.

verwiesen. Der BGH ¹⁾ hatte nach Aufgabe der RG-Rechtsprechung (Haftungsbegrenzung nur bei Monopolmißbrauch und gröblichem Verstoß) ebenfalls diesen Weg eingeschlagen: "Aus-schlaggebend ist vielmehr, daß eine solche Haftungsbegren-zung ... den Anforderungen eines billigen Ausgleichs zwischen den beiderseitigen Interessen im Geschäftsverkehr widerspräche". Einzelgesichtspunkte sind eine Schadensabwendung durch Versicherungsschutz ²⁾, der Verschuldensgrad, Übersehbarkeit und Beherrschbarkeit des Risikos ³⁾. Diese Bewertungsgesichts-punkte führen zu einer Prüfung des Vertretergeschäfts an Hand seiner absatzwirtschaftlichen und betriebsorganisatorischen Bedeutung.

Eine Betrachtung der modernen Absatzformen im wirtschaftli-chen Leistungsaustausch läßt erkennen, daß sich das Bild von den sorgsam gegliederten Handelsstufen mit jeweils eigenen Handelsfunktionen grundlegend gewandelt hat. Die Entwicklung ergab u.a. eine generelle Verkürzung der Absatzwege ⁴⁾. Die Verteilerfunktionen der Einzelhandelsstufe mit ihrem unmittelbaren Konsumentenkontakt wurden vielfach durch produkti-onsnahe Absatzorganisationen übernommen, nämlich durch Schaf-fung direkter, quasi-direkter oder selbständiger, eigener Absatzsysteme ⁵⁾. Trotz der vielfältigen angewandten Organi-sationsformen kehren im Bereich des organisierten Massenab-satzes auf Letztverbraucherebene zwei Vertriebsmethoden immer wieder: es ist die Methode der Einschaltung betriebsfremder oder betriebseigener Vermittlungsorgane und die Methode des direkten Verkaufs auf dem Schriftwege über direkte oder quasi-direkte Verkaufsabteilungen ohne Einschaltung weiterer Ab-

1) BGH NJW 1956, S. 908.

2) Hier nicht möglich.

3) Oldenburg a.a.O. S. 40 ff. m.w.Nachw.

4) Bergler, Wesen und Wandlungen des Direktverkaufs in absatz-wirtschaftlicher Sicht, Jahrb. der Absatz- und Verbrauchs-forschung 1961, S. 104 ff., 124 ff.

5) Bergler a.a.O. S. 108 ff.

schlußgehilfen ¹⁾. Während die letztgenannte Methode mit dem Wegfall der mündlichen Erklärungsform auch alle damit verbundenen Fehlerquellen und Risiken von vornherein ausschaltet und deswegen als dem Formulgengeschäft adäquat erscheint, läuft die erstgenannte Vertriebsmethode zweiseitig (d.h. mündlich und schriftlich), versucht aber, sich mittels der Haftungsausschlußklauseln die Vorteile eines ausschließlich schriftlich gehaltenen Abschlußverfahrens beizulegen ²⁾.

Die Vorteile des immer wieder bevorzugten ³⁾ Vertretergeschäfts liegen auf der Hand: In werbemäßiger Hinsicht vermögen die Vertreter durch Kontaktnähe und persönliches Vertrauensverhältnis die idealen Werbekräfte zu entfalten. Gleichzeitig genügen sie durch Beratung, fachliche Auskunftserteilung und Vorführung einer oft nicht problemlosen Ware den Wissenserklärungspflichten des Verkäufers. Dazu sind sie auch auf Grund des ständigen Betreuungsverhältnisses dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet, § 86 Abs. 1 HGB.

Wenn der Geschäftsherr den völligen Haftungsausschluß für die von ihm eingesetzten Abschlußvermittler als "unbeherrschbaren Risikofaktor" ⁴⁾ AGB-mäßig durchsetzt, dann wälzt er ein von ihm selbst gesetztes und in seinen vorteilhaften Seiten genutztes Risiko auf den Einzelvertragspartner ab, der auf die Gestaltung des angebotenen Abschlußweges angewiesen ist. Darüber hinaus ist nicht zu übersehen, daß die von dem Geschäftsherrn selbst gebotenen Informationsquellen ⁵⁾ grundsätzlich auch nur in dessen Einflußzone liegen, soweit es sich jedenfalls um Schulung, Unterrichtung, fachliche Ausbil-

1) Gutenberg, a.a.O., S. 130 ff.

2) Oldenburg, a.a.O., S. 42 fordert deswegen "Gefährdungshaftung des Unternehmers auf Grund arbeitsteiliger Persönlichkeitserweiterung."

3) Vgl. Gutenberg, a.a.O., S. 141 ff.

4) Vgl. Müller-Erzbach, Die Interessen- und Machtlage beim Kauf und deren Hauptwirkungen auf die Rechtsgestaltung, Festschr. f. Heinrich Lehmann (1937), S. 141 ff., S. 147 ff.; ders. in Jherings Jahrb. Bd. 83 S. 257 ff., 292 ff.

5) BGH NJW 1959, S. 1489.

dung und Eignungsprüfung der Abschlußvermittler handelt ¹⁾ und keine allgemeine Anpreisung vorliegt ²⁾.

Beschränkt man nach dieser Einsicht.. den Haftungsausschluß als nach Treu und Glauben und nach der Interessenlage unbillige Risikoabwälzung, so bietet sich folgendes Ergebnis: Die nicht abdingbare Haftungsgrenze des Geschäftsherrn ist danach zu bestimmen, inwieweit es sich um sachliche Wissensvermittlung in unmittelbarer Beziehung zum Vertragsgegenstand auf der Basis schutzwürdiger Vertrauensvermittlung ³⁾ handelt ⁴⁾: Der Haftungsbereich des Geschäftsherrn liegt innerhalb des beruflichen Tätigkeitsbereichs des Abschlußvermittlers, § 84 ff. HGB, und ist im normalen, jeweils sachgezogenen Bereich zu halten ⁵⁾. Der Geschäftsherr haftet also beispielsweise nicht bei sogenannten Krampfaufträgen ⁶⁾, wenn also ein Vertreter von Lexika oder Fernunterrichtskursen von sich aus vorgibt, im Auftrage der Schulbehörden oder kirchlicher Stellen tätig zu sein oder dergl.

-
- 1) BGH Urt. v. 27.3.1963 - VIII ZR 186/61 - BB 1963, S. 535 Nr. 861; RGZ 51, 150: Haftung für Einschaltung einer unzuverlässigen Zwischenperson.
 - 2) BGH NJW 1959, S. 1489: ob sich die Erklärung des Verkäufers über eine allgemeine Anpreisung von Vorzügen der Sache hinausgehoben hat, ist nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte festzustellen und ist dann zu bejahen, wenn die von den Erklärungen betroffenen Eigenschaften in einer Weise bezeichnet worden sind, daß Inhalt und Umfang desselben sich feststellen lassen; Oldenburg, a.a.O., S. 44.
 - 3) Ballerstedt, AcP 151, S. 501 ff.; Schröder, Recht der Handelsvertreter, (3. Aufl.), § 86 Rdz. 6; so auch Oldenburg, a.a.O., S. 49.
 - 4) Anklänge finden sich in BGH Urt. v. 28.10.1963, NJW 1964, S. 244 ff.; BGH BB S. 535 Nr. 861; RGZ 46, 184 ff., 190; 147, 186 ff., 188; vgl. auch OLG Hamm MDR 1963, S. 48 ff. mit Anmerkung v. Mittelstein; BGH MDR 1954, S. 346; 1958, S. 422.
 - 5) Vgl. BGH Urt. v. 20.6.1963, NJW 1963, S. 1979; ähnl.: Köhler, Orderkopie und Bestellschein, S. 39.
 - 6) Brettner, a.a.O., S. 77 ff., 84.

§ 19 Ergebnis

Der völlige Haftungsausschluß für das Verhandlungsrisiko widerspricht nach Treu und Glauben der hier besonders zu würdigenden Interessenlage. Eine nachhaltige Begrenzung des völligen Haftungsausschlusses erscheint aus grundsätzlichen Erwägungen durch Auslegungsregeln allein nicht gewährleistet. Vielmehr sind hier objektive Begrenzungskriterien heranzuziehen, wobei eine billige Abgrenzung des Risikobereichs nach Sachbereichen gewonnen wurde: Soweit nicht bereits eine c.i.c.-Haftung des Geschäftsherrn aus eigenem Verschulden in Frage kommt, ist seine Haftung für fremdes Verschulden - Abschlußvermittler - auch dann zu bejahen, wenn dieses auf schuldhaft falscher Unterrichtung, Beratung und Fachauskunft außerhalb allgemeiner Anpreisungen beruht und wenn die Unrichtigkeit für den Käufer nicht erkennbar war.

4. Abschnitt: Schriftformklauseln

§ 20 Erscheinungsformen und Problematik der Schriftformklauseln

Die Auswertung des AGB-Materials ergab eine Häufigkeit von 70 %. Schriftformklauseln stehen meist am Anfang des Formulars, indes auch oft über die AGB hin verstreut; denn Schriftformklauseln sehen nicht nur die Beachtung der Schriftform schlechthin vor, sie bestimmen gleichzeitig auch, wie die Schriftform in einer für den Geschäftsherrn verbindlichen Weise vollzogen werden darf, z.B. keine Bestätigung durch Abschlußvermittler. Die Verbindung von Haftungsausschluß und Schriftform ist Wesensmerkmal für AGB-Schriftformklauseln. Ihr komplexer Charakter, der bei der späteren Bewertung besonders zu würdigen sein wird, offenbart sich etwa an folgenden Beispielen:

- a) Alle Aufträge werden erst durch unsere schriftliche Bestätigung für uns verbindlich.... Alle mündlichen oder schriftlichen Sondervereinbarungen mit Vertretern und Reisenden bedürfen unserer ausdrücklichen Bestätigung ¹⁾.
- b) Bestellungen führen erst durch schriftliche, fernschriftliche oder telegraphische Bestätigung des Verkäufers zum Kaufabschluß. Auf unbestätigte Abreden kann sich kein Vertragspartner berufen.
- c) Der Kaufvertrag kommt erst durch die Auftragsbestätigung des Verkäufers zustande.... Mündliche Abmachungen sind ungültig, wenn sie nicht ausdrücklich bestätigt sind.... Spätere Vereinbarungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit unserer schriftlichen Bestätigung.
- d) Abschlüsse mit den Vertretern sind für den Besteller bindend, für den Lieferer erst durch dessen schriftliche Bestätigung.... Besondere Abreden bei oder nach Vertragsabschluß sind ungültig, es sei denn, daß die Geschäftsführung sie schriftlich bestätigt.... Für den Umfang der Lieferpflicht ist das beiderseitige schriftliche Anerkenntnis maßgebend.
- e) Wenn über einen Geschäftsabschluß Schriftstücke gewechselt sind, oder wenn auch nur eine Vertragspartei oder ein Vermittler den Abschluß schriftlich bestätigt hat, so gilt als feststehend, daß die Niederschrift den ganzen Vertrag enthält und keine mündliche Nebenabrede besteht. Werden später noch mündliche Vereinbarungen getroffen, so sind sie, falls sie Geltung haben sollen, mindestens von einer Seite schriftlich zu bestätigen.
- f) Alle Vereinbarungen der Vertragsparteien bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform. Enthält die Annahmeerklärung des Verkäufers Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen gegenüber der Bestellung, so gilt das Ein-

1) Gemeint ist eine schriftliche Bestätigung.

verständnis des Käufers als gegeben, wenn dieser nicht un-
verzüglich schriftlich widerspricht.

- g) Es wird ausdrücklich klargestellt, daß Nebenabmachungen, die nicht ausdrücklich auf diesem Vertrag vermerkt sind, nicht getroffen sind. Etwa vor Abschluß dieses Vertrages getroffene Abmachungen werden ausdrücklich für ungültig erklärt. Eine zusätzliche Vereinbarung oder Nebenabrede hat also nur dann Gültigkeit, wenn sie schriftlich auf diesem Vertrag vermerkt ist. Auf dieses Erfordernis kann mündlich nicht verzichtet werden ¹⁾.

Aus diesen Beispielen geht hervor, daß eine konstitutive Schriftform i.S.v. § 154 Abs. 2 BGB festgelegt wird. Der Vertrag kommt trotz voller Einigung im Zweifel erst dann zustande, wenn er auch in der angeordneten Form in allen Punkten ²⁾ beurkundet wird. Für den Hauptvertrag führt dieses Formerfordernis zu keinen Schwierigkeiten; ein formgemäßer Abschluß wird entweder durch den Bestellschein oder durch die Auftragsbestätigung gesichert. Die Problematik der Schriftformklauseln tritt auch nicht dort in Erscheinung, wo unter den Beteiligten abschließend nochmals in rechtswirksamer Form ³⁾ (echte) Bestätigungsschreiben gewechselt worden sind. Vielmehr erhebt sich die Frage der Rechtswirksamkeit nicht formgemäßer Abreden vor allem in den Fällen, in denen vor, bei oder nach Abschluß des Hauptvertrages abgegebene Erklärungen oder getroffene Nebenvereinbarungen - zumeist fahrlässig - nicht in das Formular aufgenommen worden sind, deren Geltendmachung später unter Berufung auf den angeordneten Formzwang abgeschnitten wird ⁴⁾.

1) Diese Schriftformklausel lag dem BGH-Urt. v. 27.3.1963 - VIII ZR 186/61 - in BB 1963, S. 535 Nr. 861, zugrunde.

2) RG JW 1911, 442⁴.

3) Zu den einzelnen Wirksamkeitsvoraussetzungen (Kaufmannseigenschaft und Rechtscharakter der Erklärung) vgl. BGH Urt. v. 26.2.1963, BB 1963, S. 917 Nr. 1412 und Urt. v. 4. 7.1963, BB 1963, S. 918 Nr. 1413.

4) Z.B. BGH Urt. v. 27.3.1963, MDR 1963, S. 588; Staudinger-Coing, § 125 Rdnr. 13; Schmidt-Salzer, NJW 1968, 1259 r. Sp.

§ 21 Der einseitige Formzwang und der ausschließliche Geltungsanspruch des formularmäßig bestimmten Formzwanges

Mit der einseitigen schriftlichen Fixierung durch den Geschäftsherrn ist nicht die dispositive gesetzliche Regelung des § 125 Satz 2 BGB in Verbindung mit §§ 127, 126 Satz 1 BGB gewählt, auch nicht die Erleichterung nach § 126 S. 2 Halbsatz 1 BGB. In keinem Fall des ausgewerteten AGB-Materials ¹⁾ fand sich noch eine beiderseitige schriftliche Bestätigung nach dem gesetzlichen Muster in der Form der Gegenbestätigung ²⁾; denn hinderlich hierfür sind wohl der durch die beiderseitige Unterzeichnung bedingte Zeitaufwand und das für den Verkäufer gefährliche Recht des Käufers, sich auf die noch ausstehende Gegenbestätigung zu berufen und die Erfüllung des Vertrages abzulehnen, es sei denn, der Käufer hat bereits selbst mit der Vertragserfüllung begonnen ³⁾.

Die modernen Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs und des Rechtsverkehrs nach Sichtbarmachung und Sicherung unter gleichzeitiger Typisierung schuldrechtlicher Beziehungen haben neue, rationell arbeitende rechtstechnische Gestaltungsformen des formbedürftigen Vertragsabschlusses geschaffen ⁴⁾ (Bestellschein, Auftragsbestätigung, Bestätigungsschreiben). Diese zeichnen sich insbesondere dadurch aus, daß dem Formzwang nur dann, aber auch bereits dann, genügt wird, wenn die Form durch einen bestimmten Vertragsteil vollzogen wird.

1) Im Jahre 1927 bestimmten freilich noch - ausweislich RGZ 117, 89, 91 - manche AGB, "daß ein Vertrag nur in schriftlicher Form abgeschlossen werden kann". Gemeint war damit die beiderseitige Schriftform nach den gesetzlichen dispositiven Bestimmungen.

2) Vgl. LZ 1914, Sp. 1750 Nr. 3.

3) Koehler, a.a.O., § 15, S. 54; RGZ 88, 379; 117, 88, 91.

4) Larenz, Schuldrecht I, 4. Aufl. 1960, § 6 II, S. 56; Dulckeit in Festschr. für Schulz, 1951, I S. 161, betont die Entwicklung der Schriftform von der echten Wirkform zur Schutzform.

Aus den Formulierungen der Schriftlichkeitsklauseln und deren vielfachen Ergänzungsklauseln, welche insbesondere auch alle vertragsergänzenden und vertragsabändernden Vereinbarungen dem einseitigen Formzwang unterstellen, geht der Wille des AGB-Aufstellers hervor, daß sich der Formzwang mit der Rechtsfolge aus § 154 Abs. 2 BGB ¹⁾ auf den gesamten Vertrag in allen seinen Haupt- und Nebenpunkten beziehen soll, und somit der Geschäftsherr die Möglichkeit erhält, die Vertragsabschlüsse zu kontrollieren und sich vor atypischen und unvorhergesehenen Verbindlichkeiten zu schützen ²⁾. Demnach soll für alle vertraglichen Vereinbarungen der angeordnete, einseitige Formzwang Rechtswirksamkeitsvoraussetzung sein. Unverkennbar liegt bei den Schriftformklauseln das Schwergewicht auf dem Rechtswirksamkeitsausschluß mündlicher Zusatz- und Nebenvereinbarungen, Zusagen oder Abänderungen in der Haupt- oder in der Nebensache. Dies ergibt sich schon aus der bereits oben erwähnten Tatsache, daß Schriftformklauseln auch im Bestellscheinformular regelmäßig enthalten sind, obwohl die Einhaltung der einseitigen Schriftform im Bestellscheinverfahren für den Vertragsabschluß bereits durch Anwendung des Bestellscheinabschlußverfahrens gewährleistet ist. Der Geltungsanspruch des angeordneten Schriftzwanges ist also umfassend und allseitig ausgedehnt. Im einzelnen läßt sich hinsichtlich der beanspruchten Geltungskraft wie folgt unterscheiden ³⁾:

- a) Schriftlichkeitserfordernis für die Antrags- oder Annahmeerklärung;

1) Vgl. Siegel, Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, in AcP 111, S. 1 ff., 43 ff.; Heldrich in AcP 147, S. 89 ff., 125.

2) Vgl. RGZ, LZ 1928, Sp. 1073.

3) Strauß, Nebenabreden, S. 5 ff.; nach Strauß könnte eine nicht formgemäße Zusatzvereinbarung vom angeordneten Schriftzwang allenfalls dann ausgenommen werden, wenn und soweit sie sich für den Aufsteller nicht ungünstig auswirken kann. Zum gesamten Fragenkreis hat sich zuletzt Schmidt-Salzer geäußert: Rechtsprobleme der Schriftformklauseln, NJW 1968, 1257 ff.

- b) Schriftlichkeitserfordernis für vor, bei und nach Vertragsabschluß getroffene, ergänzende oder abändernde mündliche Vereinbarungen mit Ausnahme von c); z.B. sogen. Vertragsumschreibungen, neue Kreditvereinbarungen, Stundungs- und Ratenzahlungsgewährung, Vereinbarungen über Liefertermine und über Ausführung, Funktion, Kapazität des Kaufobjekts;
- c) Schriftlichkeitserfordernis für ein Abweichen von den zugrundeliegenden AGB in einzelnen Punkten;
- d) Schriftlichkeitserfordernis für die vor, bei oder nach Vertragsabschluß abgegebenen erläuternden oder beratenden Erklärungen und Zusagen oder das Verhalten der am Abschluß auf der Verkäuferseite eingesetzten Abschlußorgane ¹⁾.

§ 22 Bewertung der Schriftformklauseln

Der Formzwang ist ein gesteigerter formalistischer Ausdruck des Erklärungsprinzips. Ist nach der Diktion von Meier-Hayoz ²⁾ der Formalismus ohnehin schon Ausdruck strenger Gebundenheit und vereinigt er in sich insbesondere die Elemente der Objektivierung und Generalisierung - Typisierung -, so ist nicht verwunderlich, einem einseitig streng ausgestalteten Schriftzwang beim typisierten und formularmäßigen Massengeschäfts zu begegnen.

Im rechtsgeschäftlichen Verkehr bilden entsprechend dem Prinzip der Formfreiheit zwingende Formvorschriften die Ausnahme. Der Fall der gewillkürten Schriftform ist durch zwei gesetzliche Vorschriften geregelt. Die eine Vorschrift ist

-
- 1) Natürlich wird der umfassende Geltungsbereich der Schriftformklauseln nicht in allen AGB ausdrücklich ausgesprochen. Dies ist auch nicht nötig, wenn der Verkauf nach der Vertriebsorganisation nur auf dem Schriftwege erfolgen kann und mündliche Verhandlungen nicht vorkommen oder zumindest nicht vorkommen sollen.
 - 2) Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß, (1948) S. 29 ff.

§ 127 i.V.m. den §§ 125 S. 2, 126 BGB und steht unter dem Titel der Willenserklärungen, die zweite Vorschrift ist § 154 Abs. 2 BGB und findet sich unter dem Titel Vertrag. § 154 BGB spricht als die dem § 125 S. 2 BGB parallele Vorschrift lediglich eine entsprechende Auslegungsregel für den Konsens aus ¹⁾. Bei verabredeter Beurkundung vor oder bei Abschluß des Vertrages ist nach dem Parteiwillen die Einhaltung des Formzwanges Bedingung der Vertragsvollendung, d.h. nach der gesetzlichen Auslegungsregel wird der Parteiwille in Richtung auf die Nichtigkeitsfolge des § 125 S. 2 BGB "stabilisiert".

I. Der einseitige Formzwang

Gegen die Vereinbarung einer konstitutiven Schriftform, die nur von einer Vertragsseite erfüllt werden kann, ergeben sich daraus Bedenken, daß der andere Vertragsteil von einer Mitwirkung ausgeschlossen ist, mithin auch geringen Einfluß auf die Gestaltung des Vertragsinhaltes hat.

Die gesetzliche Regelung folgt dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Beurkundung. Selbst soweit § 127 S. 2 BGB modifizierte Beurkundungsformen zuläßt, wird doch eine beiderseitige Mitwirkung der am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien beibehalten. Es fragt sich, ob hieraus zwingende Folgerungen für die Bewertung des einseitigen Formzwanges hergeleitet werden können.

Nach den Materialien ²⁾ zum BGB bietet sich kein Anhaltspunkt dafür, daß eine beiderseitige Mitwirkung der Parteien Voraussetzung für eine rechtswirksame Einhaltung der konstitutiven Schriftform ist. Die Motive zu diesen Vorschriften lassen mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, daß die Gestaltung und konkrete Durchführung der gewillkürten Schriftform dem Verkehrsbedürfnis anheimgestellt werden. Dies läßt

1) Staudinger-Coing, § 154 Rdn. 5.

2) Motive I, S. 188; Prot. I, S. 91/92.

die geltende gesetzliche Regelung in § 126 Abs. 2 BGB erkennen: Zur Zeit der Kodifikation war im damaligen Geschäftsverkehr der Austausch der entsprechenden Vertragserklärungen als vorteilhafte und gängige Geschäftsform verbreitet, und eben diese Form ist als zeitgemäße Variante vom Gesetzgeber in § 126 Abs. 2 S. 2 BGB sanktioniert worden ¹⁾. Aus den damaligen Beratungen wird ersichtlich, daß es dem Gesetzgeber bei der Beschreibung der Beurkundungsformen nicht etwa auf eine erschöpfende Aufzählung der Gestaltungsmöglichkeiten der Schriftform ankam, sondern allein darauf, an der Einhaltung der aufgestellten Schriftlichkeitserfordernisse den Zeitpunkt der Vornahme, bzw. der Erfüllung des förmlichen Aktes und damit den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtswirksamkeit des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts festzustellen. Bei der gewillkürten Schriftform unterliege es, so heißt es in den Protokollen ²⁾, der freien Vereinbarung der Parteien, die Erfordernisse der gewillkürten schriftlichen Form festzustellen; sei eine solche Feststellung erfolgt, empfehle es sich, eine gesetzliche Interpretationsregel aufzustellen.

Dieser Gesetzgeberwille steht in Übereinstimmung mit dem diesen Regelungskomplex beherrschenden Strukturprinzip der Formfreiheit ³⁾, das in dem § 305 BGB ⁴⁾ und den bereits genannten einschlägigen Bestimmungen zum Ausdruck kommt. Danach

1) Vgl. Planck, BGB, 4. Aufl., Anm. zu § 127.

2) Prot. I, S. 92 unten; ebenso bejaht Enneccerus-Nipperdey, II § 157 I die Rechtswirksamkeit eines nur einseitigen Formvollzuges.

3) Vgl. z.B. Lehmann, Allg. T., § 31 III, V 1.

4) Eine vergleichsweise besonders ausdrückliche Regelung findet sich in § 883 des österr. ABGB: Ein Vertrag kann mündlich oder schriftlich, vor Gericht oder außerhalb desselben, mit oder ohne Zeugen errichtet werden. Die Verschiedenheit der Form macht, außer den im Gesetz bestimmten Fällen, in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied.

haben die Parteien - außer in den Fällen der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Form - die freie Wahl einer Form überhaupt und die freie Gestaltungsbefugnis der gewählten Form ¹⁾. Demzufolge steht auch nach dogmatischen Gesichtspunkten nichts im Wege, wenn die Parteien aus den Bedürfnissen des modernen Rechts- und Geschäftsverkehrs nach Sichtbarmachung und Sicherung schuldrechtlicher Beziehungen übersichtliche, rasche und vereinfachende Modifikationen der gewillkürten Schriftform entwickeln ²⁾.

II. Der ausschließliche Geltungsanspruch

Die nach den AGB festgelegte strenge Nichtigkeitsfolge für alle nichtformgemäßen Abreden setzt voraus, daß die von dieser Rechtsfolge betroffene Abrede tatbestandsmäßig überhaupt unter die Schriftlichkeitsbestimmung fällt ³⁾. Diese Feststellung zielt indes nicht nur auf eine philologische Interpretation der Schriftformklauseln, die ohnehin nicht von dauerhaftem Bestand wäre; denn die Aussteller von AGB wären jederzeit imstande, Formulierungslücken zu schließen und die Klauseln in ihrem tatbestandlichen Erfassungsbereich perfekt zu machen. Vielmehr soll damit das vom Verkäufer angewandte formularmäßige Abschlußsystem im Wege einer logisch-systematischen Betrachtung des organisierten Abschlußverfahrens angesprochen werden.

Zuvor ist noch eine in Rechtsprechung und Literatur anerkannte Inhaltsbegrenzung des ausschließlichen Geltungsanspruchs der Schriftformklauseln zu erörtern. Diese Inhaltsbegrenzung geht von der Unterscheidung aus, wann die nichtformgemäße Abrede getroffen wurde. Eine vor oder bei Vertragsab-

-
- 1) OLG Celle NdsRpfl 1949, 72; Soergel-Siebert-Hefermehl, § 125 Rdz. 14; RG WarnRspr. 1912, Nr. 367; RG JW 1911, S. 94; RGZ 95, 175. BGH Urt. v. 19.9.1966, JZ 1967, S. 287 ff. m. Anm. Kötz und weit. Nachw.; Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 264.
 - 2) Heldrich, a.a.O., S. 126; Larenz, Schuldrecht I, § 6 II, S. 56; RGZ 52, 25 ff.; 64, 49 ff.; OLG Celle in MDR 1960, S. 398; LG Berlin in JR 1948, S. 75; BGH NJW 1968, 32 a.E.
 - 3) Vgl. RGRK-BGB, § 125 Anm. 36.

schluß zustandegekommene, nichtformgemäße Vereinbarung wird durch den Formzwang regelmäßig abgeschnitten, d.h. sie bleibt rechtsunwirksam; nur in dem Ausnahmefall einer versehentlich unrichtigen Niederschrift besteht ein Rechtsanspruch auf nachträgliche Korrektur der Urkunde ¹⁾. Bei nachträglichen, formlosen Abänderungsvereinbarungen ergibt sich eine weitergehende Begrenzungsmöglichkeit gegen den ausschließlichen Geltungsanspruch der Schriftformklauseln. Es entspricht ständiger, vom Schrifttum ²⁾ gebilligter Rechtsprechung ³⁾, daß die Vertragsschließenden eine ausdrücklich getroffene Schriftformabrede nachträglich durch formlose, nicht notwendig ausdrückliche, ja sogar stillschweigende Individualvereinbarung abändern können. Diese Erkenntnis beruht auf mehreren Gründen. Grundsätzlich werden im Rechtsverkehr die Kommunikationsformen als gleichrangig behandelt, so daß grundsätzlich mit gleicher Verbindlichkeitsqualität gehandelt wird. Aus der Privatautonomie ⁴⁾ der Parteien - hier: Formfreiheit - folgt, daß die Bindung, der sich die Parteien freiwillig unterworfen haben, nur so lange und so weit bestehen bleibt, als die Vertragsschließenden keinen anderen Willen bekunden. Dabei können die Parteien ihren Willen stillschweigend konkludent schon dadurch ausdrücken, daß sie in mündlicher Form mit festem Vertragsabschlußwillen ihre Vereinbarungen treffen und damit deutlich ihren Willen bekunden, die mündlich getroffene Abrede solle ungeachtet der Schriftformklausel gel-

1) RGZ 68, 15; Staudinger-Coing, 125 Rdz. 8; Schmidt-Salzer, NJW 1968, 1259.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 157 III 1; Kötz, JZ 1967, 288; Schmidt-Salzer, NJW 1968, 1257 ff.

3) BGH NJW 1968, 32 f.; BGH JZ 1967, 287 f.; RG JW 1937, 392.

4) Die Privatautonomie ist hier wohl primär zu nennen vor dem von Schmidt-Salzer (NJW 1968, 1260) betonten Individualcharakter der konkreten Abänderungsvereinbarung. Vgl. auch Kötz, JZ 1967, 288; BGH NJW 1965, 293; Raiser, AGB, S. 231.

ten ¹⁾. Der formlosen Abänderungsvereinbarung steht die Schriftformabrede nicht aus Gründen einer Rangordnung entgegen ²⁾; desgleichen bleibt die formlose Abänderungsvereinbarung selbst von dem Formzwang unberührt; nach ihrer Zweckbestimmung wird sie nicht von dem Formzwang erfaßt ³⁾.

Indes muß dieses Begrenzungskriterium der nachträglichen Abänderungsvereinbarung aus zwei Gründen unzureichend bleiben. Einmal wird eine Abänderungsvereinbarung im Einzelfalle nur sehr schwierig nachzuweisen sein; denn Zweifel über eine abweichende Formvereinbarung müssen zu Lasten des Einzelvertragspartners gehen, der sich auf die abweichende Formvereinbarung beruft ⁴⁾. Zum andern kann die Abänderungsvereinbarung nur nachträgliche Abreden vom ausschließlichen Geltungsanspruch der Schriftformklausel befreien. Es bleibt unbefriedigend, daß jede sachlich notwendige Abrede beispielsweise über sogen. problemvolle Ware unverbindlich bleibt, wenn sie vor oder bei Vertragsabschluß mündlich vereinbart wurde und der Einzelvertragspartner im Vertrauen auf die existente Abrede nunmehr auch nach Formular abschließt, ohne die formlose Abrede schriftlich bestätigen zu lassen. Schmidt-Salzer ⁵⁾ gelangt bei seinen Untersuchungen über AGB-mäßige Schriftformklauseln zu dem Ergebnis, jede, auch die formlose Individualabrede habe vorrangige Geltung vor dem "nur ergänzenden Formular". Mithin verliere die Schriftformklausel schon dann an Bedeutung, wenn konkrete Individualabreden getroffen sind, gleichviel ob vor oder nach Vertragsabschluß. Eine solche Bewertung der Schriftformklausel übersieht den komplexen Charakter dieser Klausel. Denn der Abänderungsschutz, der mit der

1) BGH NJW 1965, 293; NJW 1968, 32 f.; LG Hamburg, MDR 1967, 594; Flume, Rechtsgeschäft S. 264 f.; Schmidt-Salzer, NJW 1968, 1258 ff.

2) Hierauf weist Kötz hin, JZ 1967, S. 289, r. Sp. unten.

3) Vgl. Schmidt-Salzer, NJW 1968, S. 1257/84 (actus contrarius).

4) BGH NJW 1968, 32 f.; BGH NJW 1962, 1908; RG DR 1943, 487.

5) NJW 1968, 1257 ff., hier insbes. S. 1259 f.

Schriftformklausel sichergestellt werden soll, wird in der Regel nicht schon durch die schriftliche Fixierung als solche erreicht. Vielmehr bedarf es im organisierten und gestuften Vertrieb zugleich einer Regelung der Frage, welche eingesetzten, fremden Vertriebsorgane die Schriftform in einer für den Geschäftsherrn auch verbindlichen Weise unterschriftlich erfüllen können. Hierfür wollen die Schriftformklauseln alle Haftungsansprüche ausschließen, die gerade aus dem Risiko der mündlichen Verhandlung mit den Abschlußgehilfen entstehen können. Von hier aus wird deutlich, daß Schriftformklauseln nicht allein aus dem Vorrang der individuellen Erklärung (Schmidt-Salzer) erschöpfend erkannt und bewertet werden können. Vielmehr erscheint es notwendig, die verschiedenen Inhalte der Schriftformklausel (Haftungsausschluß und Zwang zur schriftlichen Fixierung) gesondert und spezifisch zu bewerten: Der hier inzidenter bestimmte Haftungsausschluß deckt sich sachlich mit dem bereits geprüften Haftungsausschluß des Verhandlungsrisikos; in den obigen Untersuchungen zum Verhandlungsrisiko ist ein Haftungsausschluß des Geschäftsherrn im Rahmen des notwendigen und sachbedingten Funktionsradius seiner mündlich wirkenden Abschlußhelfer als unzulässig erkannt worden. Dieser einerseits begrenzte, andererseits unabdingbare Haftungsbereich des Geschäftsherrn gilt auch für den Haftungsausschluß durch Schriftformklausel. Was die Bewertung des Zwanges zur einfachen, schriftlichen Fixierung angeht, so lassen sich mehrere Auffassungen vertreten: Die wohl h.M. beseitigt den Fixierungszwang durch Annahme einer Abänderungsvereinbarung, Schmidt-Salzer läßt die konkrete Individualvereinbarung vorrangig gelten. Oder es ließe sich argumentieren: Der ausschließliche Geltungsanspruch der Schriftformklausel verlangt in erster Linie vom Geschäftsherrn selbst, alles zu tun, um das Verfahren ausschließlich schriftlich zu halten. Dadurch, daß der Geschäftsherr aber mündlich wirkende Abschlußgehilfen einsetzt, schafft er von sich aus zusätzliche Risiken gerade aus der Abschlußform, die er in keiner Weise gelten lassen will. Hier widerspricht sich die vom Geschäftsherrn selbst gewählte Abschlußform. Nach den Grundsätzen der einengenden Auslegung zuungunsten des Aufstellers folgt daraus, daß der Geltungsbereich der Schriftformklauseln tatbestandlich

so weit eingeschränkt ist, wie ein Verhandlungsrisiko aus mündlicher Abschlußform existiert. Soweit der Geschäftsherr daraus haftet, kann er sich nicht auf die fehlende Form berufen.

Folgt man dieser Ansicht, so kann darauf verzichtet werden, im Einzelfall durch mitunter schwierige und sehr weitgehende Auslegung den tatbestandlichen Erfassungsbereich des Formzwanges festzustellen ¹⁾. Diesen Weg ist bislang der BGH in mehreren Fällen gegangen und hat die Wissenserklärungen der Vertreter im Rahmen beratender und auskunftserteilender Tätigkeit vom ausschließlichen Formzwang ausgenommen, z.B. hat in einem Fall ²⁾ der Abzahlungsverkäufer den Kfz-Brief an den Käufer ausgehändigt, bestreitet aber nachträglich durch diese Handlung in schlüssiger Form auf den ursprünglich vereinbarten Eigentumsvorbehalt verzichtet zu haben unter Berufung auf die im Kaufvertrag vereinbarte Schriftformklausel. Nach dieser Klausel sollten mündliche Nebenabreden und nachträgliche Vertragsänderungen nur Gültigkeit haben, wenn sie vom Verkäufer schriftlich bestätigt wurden. Sowohl die beiden vorinstanzlichen Gerichte wie der BGH kamen zu dem Ergebnis, daß der Vorbehaltsverzicht des Abzahlungsverkäufers weder unter Nebenabrede noch unter Vertragsänderung fiel, sondern die vertragliche Erfüllungshandlung sei, die dem formularmäßigen Formzwang nicht unterfällt.

War in diesem Falle die Umgehung des einseitigen Schriftzwanges noch ohne Schwierigkeiten schon aus dem Wortlaut der Schriftformklausel abzuleiten, so enthielt der folgende Fall

1) Das hier angeregte Bewertungskriterium stellt sich dann im Grunde lediglich als eine Verobjektivierung der von der Rspr. bereits im Wege der Auslegung geübten Inhaltsbegrenzung des ausschließlichen Formzwanges dar; als besonders weitgehende Entscheidung vgl. BGH MDR 1963, S. 588; vgl. auch Kötz, JZ 1967, 288, r. Sp.

2) BGH Urt. v. 20.5.1958, NJW 1958, S. 1231/32.

aus dem Jahre 1962 ¹⁾ eine geschlosseneren Schriftformklausel: Durch Vermittlung eines Abschlußorgans hat die Verkäuferfirma nach Formular eine Besäumkreissäge verkauft, deren Aufstellungsplatz neben einer Gleisanlage vom "Vertreter" besichtigt und mündlich für ausreichend und geeignet zum Aufstellen der neuen Maschine erklärt worden war. Bei Lieferung stellte sich heraus, daß der besichtigte Aufstellungsplatz nicht ausreichte. Als sich daraufhin der Käufer vom Kaufvertrage löste, verlangte die Verkäuferfirma Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Sie vertrat die Ansicht, sie sei durch das Vertreterhandeln in keinerlei Weise gebunden worden. Sie berief sich unter anderem auf ihre AGB, wonach alle mündlichen Abmachungen und auch außerhalb des Lieferwerks vorgenommene schriftliche Feststellungen der schriftlichen Bestätigung des Lieferwerks bedurften. Der BGH legte der Schriftformklausel keine tatbestandlich ausschließliche Geltungskraft bei, woraus die Formbedürftigkeit auch dieser zwischen Käufer und Vertreter getroffenen mündlichen Vereinbarungen über die Geeignetheit des Aufstellungsplatzes herzuleiten wäre. Der durch die Schriftformklausel angeordnete Schriftzwang, so begründete der BGH, regle nur die Hauptverpflichtungen aus dem Kaufvertrage; darunter fallen aber nicht die nur beratenden oder erläuternden Erklärungen der "Vertreter"; denn diese sind im Rahmen eines Beratungsvertrages als selbständige Nebenverpflichtungen zustandegekommen, sie sind demnach nicht den durch den Kaufvertrag entstandenen Rechten und Pflichten gleichzuachten ²⁾. Mithin kommt es für die Rechtswirksamkeit der Erklärungen nicht auf die schriftliche Bestätigung der Verkäuferfirma an.

1) BGH Urt. v. 31.1.1962, NJW 1962, S. 1196 ff. Ebenso RGRK-BGB, § 125 Anm. 36, wenn unterschieden wird in Nebenabreden mit engerer und weiterer Zugehörigkeit zum Vertrage; a.A.: Lehmann, Allg. T. BGB, § 31 VII 3, aber wie hier a.a.O., § 31 VIII.

2) Vgl. Planck, Komm. BGB, 4. Aufl., § 125 Anm. 4 a; RGRK-BGB, § 125 Rdz. 31, 36.

Soweit aus diesen Entscheidungen zu erkennen ist, verfolgt die Rechtsprechung ebenfalls eine tatbestandsmäßige Einschränkung der Schriftformklausel. Sie legt dabei allerdings die grammatikalische Auslegungsmethode zugrunde. Eine solche Inhaltsbegrenzung erweist sich indes auf die Dauer der Flexibilität und Formulierungskunst der AGB-Aufsteller nicht gewachsen. Sie kann nur allzusehnell durch bessere und perfektere Klauseln wieder zunichte gemacht werden. Aus diesem Grunde empfiehlt sich die ebenfalls verobjektivierte Inhaltskontrolle der logisch-systematischen Auslegung, die den Vorzug bietet, daß sie nicht durch einfache Korrekturen in der Formulierung abänderbar wird, sondern durch ihren Bezug mit der formularmäßigen Abschlußorganisation nur zugleich mit dieser einer Abänderung unterliegt.

Da in allen diesen Fällen eine tatbestandliche Einschränkung der Schriftformklausel vorliegt, wird die Rechtswirklichkeit nichtformgemäßer Zusagen, Nebenvereinbarungen durch den formularmäßig bestimmten Formzwang nicht berührt, denn insoweit haben sich die Parteien nicht an die Einhaltung der Schriftform gebunden. Deswegen gewinnt dieses Ergebnis gerade auch für die Fälle Bedeutung, in denen dem Einzelvertragspartner vor oder bei dem im übrigen formularmäßigen Abschluß nicht formgemäße Zusagen gemacht worden sind. Insoweit geht dieses Ergebnis über den bisherigen Stand der Meinungen zur Schriftformklausel weit hinaus ¹⁾.

§ 23 Ergebnis

Schriftformklauseln ordnen einen einseitig von der Verkäuferseite zu erfüllenden Schriftzwang an. Sie sind im Hinblick auf die Rechtsdurchsetzung konstitutiv ausgestaltete Verlautbarungsmittel. Indem sie rechtliche Verbindlichkeiten in betriebswirtschaftlich erfaßbare oder zumindest geschäftsmäßig operierbare Größen transformieren, haben sie einen festen Platz im AGB-Komplex erhalten.

1) Vgl. BGH Urt. v. 19.9.1966, JZ 1967, 287 m. Anm. Kötz.

Die Schriftformklausel tritt zumeist mit dem ausschließlichen Anspruch auf, für den gesamten vertraglichen und nebenvertraglichen Bereich konstitutive Rechtswirksamkeitsvoraussetzung zu sein. Bei einverständlich mündlich-schriftlich gehaltenem Abschlußverfahren mittels eingesetzter Vermittlungsorgane sieht bereits die vom Verkäufer selbst gewählte Vertriebsart die Verwendung sowohl schriftlicher wie auch mündlicher Korrespondenzmittel vor, was bereits im Widerspruch zum ausschließlichen Geltungsanspruch der Schriftformklausel steht und sinnvoll nur dahin verstanden werden kann, daß Schriftformklauseln tatbestandlich nicht für den Haftungsbe- reich aus mündlichem Verhandlungsrisiko Anwendung finden. Der Formzwang entfällt für alle Abreden, die tatbestandlich nicht von der Schriftformklausel erfaßt sind, gleichgültig ob diese Abreden vor, bei oder nach Abschluß des Hauptvertrages getroffen wurden.

Zusammenfassung

Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen überprüft die Rechtsfortbildung auf diesem Gebiet nach den legalen Ordnungsvorstellungen der materiellen Individualgerechtigkeit ¹⁾. Eigenart des hier zu lösenden Konfliktstoffes sind seine weitgehende Freistellung von zwingenden gesetzlichen Kontrollnormen und - infolgedessen - Unsicherheiten in den richterlichen Wertungen. Demzufolge war der elementare Spielraum der Vertragsabschlußfreiheit auf die individuellen Ausgangslagen des gesetzlichen Ordnungsdenkens zurückzuführen. Es wurde angestrebt, spezifische, dem formularmäßigen Abschluß und seiner besonderen Interessenlage gerecht werden- de Kriterien zur Inhaltsbestimmung und zur Inhaltsbegrenzung aufzufinden, wobei versucht wurde, möglichst objektive, d.h. vom Einzelfall losgelöste Kriterien zu gewinnen. Die Inhalts-

1) Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie (6. Aufl.), S. 181; Roth- Stielow, Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz (1963), S. 21 ff.; BGHZ 4, 215 f.

kontrolle wurde für vier typische Vertragsabschlußklauseln durchgeführt. Im Ergebnis konnten nur bei der Klausel "Freibleibend" im Angebot jegliche Bedenken ausgeräumt werden. Bei den Klauseln über die Bindungsdauer des Antragstellers, über den Haftungsausschluß für das Verhandlungsrisiko und bei den Schriftformklauseln ergaben sich besonders für Extremfälle einschneidende Inhaltsbegrenzungen.

Lebenslauf

Am 1. Mai 1937 wurde ich, Jochen Neumann-Wedekindt, als Sohn des Rechtsanwalt und Notar Dr. Werner Neumann-Wedekindt und seiner Ehefrau Lucie, geb. Augustin, in Hindenburg, Oberschlesien, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Ich besuchte die Volksschulen in Hindenburg und Ossendorf, Kreis Warburg. Mai 1948 trat ich in die Sexta des Gymnasium Petrinum in Recklinghausen ein. Mit Verlegung unseres Wohnsitzes nach Bochum besuchte ich ab Quinta das Staatliche Gymnasium in Bochum, wo ich am 14. 3. 1957 die Reifeprüfung ablegte.

Vom Sommersemester 1956 an studierte ich Rechtswissenschaften und zunächst auch Betriebswirtschaft an den Universitäten Kiel, Innsbruck und Münster. Am 18. Dezember 1961 bestand ich das 1. juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm.

Danach absolvierte ich den juristischen Vorbereitungsdienst. Gleichzeitig war ich wissenschaftliche Hilfskraft am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Am 29. Juni 1967 bestand ich das 2. juristische Staatsexamen vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen.

